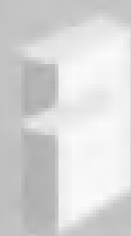
MINJIAN JIEKUAN SUSONG

民间借款诉讼

金永熙 著

MINJIAN JIEKUAN SUSONG



人民法院出版社
PUBLISHING HOUSE OF PEOPLE'S COURT



作者简介

金永熙,1955年出生，浙江省永嘉县人。大专文化程度。现任永嘉县人民法院副院长。著有：《执行程序通论》,《法院赔偿工作实务》（合著）,《贷款担保诉讼》（合著）,《法院执行实务新论》。

民间借款诉讼

金永熙 著



人民法院出版社

图书在版编目（CIP）数据

民间借款诉讼/金永熙著．—北京：人民法院出版社，2000.10

ISBN 7-80161-071-7

Ⅰ．民…　Ⅱ．金…　Ⅲ．①贷款-民事诉讼-研究-中国②贷款-合同-研究-中国　Ⅳ．D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2000）第 70456 号



民间借款诉讼

金永熙　著

人民法院出版社

北京东交民巷 27 号　100745

（电话　65136849　65299981　65134290）

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米　1/32　15.5 印张　377 千字

2000 年 10 月第 1 版　2000 年 10 月第 1 次印刷

印数：1—3000 册

ISBN 7-80161-071-7/D・071

定价：27.00 元

前　言

民间借款既是一种融资方式，又是一种民事行为。在社会主义社会里，民间借款是人们在生活上互相帮助和在生产经营上促进市场经济发展的资金流通形式。这种融资方式是以民事行为表现出来的，当其作为民事行为时，又为民事合同法律所规范和调整。本书以融资方式和民事行为为主线，研究当前民间借款合同和民间借款诉讼一系列法律问题。

过去，我国经济发展不快，人民群众生活水平低下，绝大多数民间借款因解决贫困、维持生计而发生的。近二十年来，我国实行改革开放政策，走社会主义市场经济道路，经济发展很快，人民生活水平明显提高。在这种社会经济背景中，一方面，富裕起来的人们有钱出借，为民间借款发展提供了资金条件；另一方面，越来越多的人涌入市场经济大潮，需要借钱为资本发展经济，因而生产经营型的民间借款越来越多，至今大量出现，且面广额大，同时，仍有不少群众生活贫困，但我国人民有着互帮互助的传统美德，先富起来的人愿意出借金钱予以解困，因而生活型民间借款虽额小但面仍广，于是，当前民间借款活动空前活跃。

民间借款因在民间普遍存在而具有广泛性，又因法律规范相

对宽松又具有自由性。由于存在这两个特点，民间借款往往处于无序状态。无序状态下的活跃，使民间借款出现两个负面效应：一是纠纷大量发生，影响民间资金正常流转和社会安定团结；二是少数个人和单位以民间借款为名，非法变相从事存贷业务，破坏了金融秩序。民间借款的作用和存在的问题已引起了党和国家的高度重视，中共中央、国务院《关于做好二〇〇〇年农业和农村工作的意见》（2000 年 1 月 16 日发出）指出：**加强对民间信贷的引导和管理，化解农村金融风险**。

《民法通则》对民间借款行为的规定过于原则，最高人民法院虽有几个司法解释，但大多适用于诉讼程序，至于行政管理更无法可依。《合同法》实施后，民间借款法律规范趋于完善，该法第十二章是民间借款合同的法律依据，总则中的有关规定也适用民间借款。但是，民间借款行为及其合同在现实生活中的表现是复杂多样的，法律不可能作出具体详细的规定，实践中遇到的许多问题要依靠立法精神、法学原则和实践经验去判断和解决。

为了规范民间借款行为，解决实践中遇到的一些问题，笔者根据《合同法》和《民法通则》的有关规定及最高人民法院的有关司法解释，结合法理要求和实践经验，撰写此书，仅供参考。本书如有不足之处，敬请读者指正。

金永熙

二〇〇〇年九月于温州永嘉

目　录



第一章　民间借款绪论

第一节　内涵和特征

一、民间借款的内涵

在法律意义上，民间借款是指自然人之间、自然人与企业（包括其他组织）之间，一方将一定数量的金钱转移给另一方，到期返还借款并按约支付利息的民事法律行为。这个定义包含三个方面的内涵：在主体上只能是自然人和企业；在内容上只能是借用金钱；在性质上是一种法律行为。为了进一步理解这个定义的内涵，下面说明三个问题：

民间问题。所谓的“民间”是相对“官方”而言的，是指民众之间，即非官方之间。在借款法律关系中，民间与官方的区别，主要是从主体上界定的。银行借款、财政借款以及其他金融机构借款中的银行、财政和其他金融机构是经国家政府和人民银行批准设立的机关和企业，传统的说法称之为“官方”。民间借款中的“民间”，是指自然人和非金融企业，在主体关系的范围上仅限于

自然之间和自然人与企业及其他组织之间。

企业问题。根据《人民银行法》、《商业银行法》以及有关法律的规定，除人民银行外，其他银行和金融机构，绝大多数是自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束，并以全部财产独立承担民事责任的企业。民间借款主体中的企业，因“民间”的限制，不包括银行和其他金融机构这些经营存贷款业务的企业，我们称之为“非金融企业”。

借款问题。借款一词有两个含义：一个是向人借钱或者把钱借给他人，这个含义表明，借款是一种行为；另一个是借用的钱，即所借的金钱，这个含义表明“借款”是一个名词。当借款作为一种行为被民事法律规范所调整时，便是一种民事法律行为；当借款作为一个名词时，在民间借款法律关系中便为标的。

二、民间借款的法律特征

（一）法律特征

民间借款与银行借款以及其他民事法律行为比较，它有以下几个主要的法律特征：

1. 融资民间性

无论是银行借款还是民间借款，都是流通资金的活动。通过这种活动，贷款人虽然付出金钱，但收回本金并收取利息，能够实现自己的目的；借款人虽然付出利息，但取得借款，也满足了自己生活或生产的需要。但是，银行借款具有官方意志，必须由依法批准设立的金融机构放贷，利息和放贷活动必须依照法律、法规、规章和有关制度进行，所借出的金钱是储户存入的款项；民间借款不仅在主体上限于自然人和非金融企业，而且出借款项属于民间自由活动的流动资金，它是民间的融资活动。这是民间借款的本质特征。

2. 主体局限性

民间借款主体的局限性主要表现为三种情况：一是其主体仅限于自然人和非金融企业；二是因为非金融企业之间一般不得拆借资金，所以非金融企业之间各自都不得成为民间借款的主体；三是非金融企业即使可以与自然人发生借款关系，但也受到一定限制，如不得以借款名义非法向职工或社会集资等。如果当事人超越这个主体范围的限制而实施借款行为，要么不属民间借款，要么其借款合同无效。

3. 标的物特定性

民间借款中的款，指的就是金钱。因而，民间借款的标的物是特定的——金钱。但是，对金钱不能狭窄地理解为人民币现金。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（以下简称《审理借贷意见》）第二条规定："因借贷外币、台币和国库券等有价证券发生纠纷诉讼到法院的，应按借贷案件受理。"从这条规定中可以看出，民间借款的标的物范围包括：人民币、外币、台币、港币和有价证券。为了表述方便，对所借用的各种货币和有价证券，本书统一称之为"金钱"。

4. 行为自由性

民间借款因由其融资性质、社会需求所决定，法律和政策没有很多很严的规定予以制约，因而，民间借款活动相对比较自由。说其"相对"，一是与银行借款比较而言，二是法律虽无严格要求但仍有限制性规定。银行和其他金融机构发放贷款，有法律、法规、规章的严格要求，申请、调查、审批、订立格式合同等有制度约束，数额、期限、利息也有严格要求，民间借款却无此严格约束，一般由当事人自由意志决定。

法律和司法解释对民间借款只是在大体上规定几条杠子予以限制：一是在主体上，企业之间不得拆借；二是在利息上，最高

不得超过银行同类贷款利率的4倍；三是在用途上，不得用于违法活动；四是不得损害国家、集体和第三人的利益。

（二）自由性的表现

上述四条限制，实际上是很宽的，所以，民间借款在行为上是相当自由的。其自由性主要表现为以下几个方面：

1. 用途自由

民间借款用途由借款人和贷款人约定，也可以不约定而由借款人自由使用，只要双方自愿且借款不用于违法活动，政府不予干涉，法院亦认定合法。民间借款用途自由是对双方当事人合意而言的，也就是说借款人和贷款人可以自由协商用途问题，或不协商用途问题。但双方当事人已约定用途的，借款人应当按约定的用途使用，否则构成违约。

2. 期限自由

没有法律、法规和政策限制民间借款的期限，民间借款的期限长短完全由双方当事人约定，可以一天二天，也可以十年二十年，不约定期限也不违法。

3. 数额自由

国家不限制民间借款的数额，完全由双方当事人根据自己经济能力和需要而协商确定。虽然民间借款在量上的特点是小额，但大额借款并不违法。

4. 利率相对自由

银行借款的利率有人民银行的规定为标准，而民间借款的利率只要双方当事人约定不超过银行同类贷款利率的4倍就受法律保护，在这4倍以下，由双方当事人自由约定，不论约定多少均为合法有效。贷款人和借款人约定无息借款，也予准许。

5. 还款方式自由

民间借款合同中的还款方式由双方当事人约定，可以约定一

次性还款，也可以约定分期分次还款，还可以约定到期如无金钱还债可用实物抵偿，等等。

三、将“借贷”改为“借款”的理由

对自然人之间、自然人与企业之间借用金钱的行为，传统民法上称为“民间借贷”，但是，笔者认为称“民间借款”更为确切。

借贷，通常是指一方当事人将金钱或者物品转移于他方，他方在约定期限内将同等种类、数量、品质的物返还的行为。在借贷法律关系中，标的物有两种，即金钱和物品。因此，借贷包括借款和货物（借用）两种情况。

借用，是指一方当事人将物品转移他方使用，到期返还原物的行为。借用法律关系中的标的物是特定的物品，借入的目的是为了使用该特定物，到期返还该特定物。

借款，是指一方当事人将一定数量的金钱（货币）转移给他方使用，到期返还本金、支付利息的行为。在借款法律关系中，标的物是金钱，或称货币。因为货币是种类物，到期不能返还原物，只能返还同币种、同数量的货币。

传统观念认为，借款合同可分为以金钱为标的借款合同和以实物为标的借用合同。笔者不敢苟同，借款就是借款，借物就是借物，两者在标的上不能混同而谈。这个问题，《合同法》规定得很清楚。该法第十二章就取名为“借款合同”，该章共有十六条规定，都规范借款问题，不涉及借物问题。同时，第十二章明确规定为“借款合同”，不提“借贷合同”，其意在于将借款从借贷中分离出来，使之区别于借用（物）合同。

本书研究民间借贷中以金钱为标的民间借款问题，而不是以实物为标的的民间借用问题。

第二节　与银行借款的比较

一、我国借款的分类

在我国，以金钱为标的的货币借用，大体可分为银行借款和民间借款两大类。由最高人民法院副院长刘家琛主编的《中华人民共和国合同法实务全书》一书也认为："银行等金融机构为出借人的借款合同与其他人之间的借款合同在性质上有共同之处，与借用合同有显著区别，同称为借款合同并无不可。但金融机构为出借人的借款与民间的借款确有许多不同的特点，二者在适用范围上也有所不同。所以，我们主张借款合同应当区分银行借款与民间借款"。从我国借款现状和《合同法》第十二章规定精神来看，笔者赞同这个观点。

笔者这里所称的"银行"，不限于人民银行、专业银行和商业银行，而是泛指在中国境内依法设立的经营贷款业务的中资机构。也就是说，经中国人民银行批准，持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》，并经工商行政管理部门核准的，在中国境内设立的，从事经营贷款业务的所有金融机构。为了方便表述，我们这里将这些金融机构通称"银行"，将其发放的贷款统称为"银行借款。"

民间借款是自然人与自然人、自然人与企业之间的借款。在出借主体上，介于"银行"与自然人之间、自然人与其他组织及企业之间的借款是否存在呢？当然存在。如企业之间的借款就是一种情况，但企业之间的借款通常为法律所禁止，被认为是非法借款，故不能独立作为一种类型的借款予以认定。又如政府有关部门在政策上为支持、鼓励某些产业发展或改善群众生活而为出

借人向自然人、企业出借资金（如政府扶贫机构将扶贫资金借给贫困户，帮助其发展生产，摆脱贫困），在类似这些借款中，出借人虽为“官方”，但不是金融机构，故既不能纳入“银行”，也不能认为是“民间”，但类似这些借款，不如银行借款和民间借款那么面广量大，难以形成一种类型的借款，只能作为其他借款处理。

我们认为，除政府及其职能部门作为出借人这种特殊情况外，区别某笔借款是银行借款还是民间借款的标准是：视出借主体是否取得《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》而有无从事经营贷款业务资格而定。如果出借主体持有上述两证，且有从事经营贷款业务资格，对其借款就应为“银行借款”。如果不需要上述两证，不需要取得从事经营贷款业务资格的自然人或企业所发生的借款，一般应为民间借款。所要注意的是，有些企业经当地基层政府批准成立，且领取工商部门颁发的《营业执照》，但无上述两证而实际上从事经营存贷业务，这是一种违反《商业银行法》和其他相关金融法律的行为，应认定其借款行为无效，而不能作为合法的民间借款予以认定。

二、民间借款与银行借款的共性

民间借款和银行借款有许多共同之处，在性质和内容上都是一方与另一方发生借用金钱的借款，故《合同法》第十二章将两者同称为借款合同。两者的共同之处主要体现在以下几个方面：

1．都以金钱为标的物

这是民间借款与银行借款最为本质的共同点，如果无此共同点，无论是民间还是银行都谈不上借款问题，例如民间借用合同，其标的物为特定的物品，就不可能在本质上与银行借款构成一致。因为，借用关系中的标的物是特定物，大多仅供使用而不毁损或消耗掉，而作为民间借款和银行借款共同指向的标的物——金钱，

既是种类物又是消费物，可被借款人使用而消耗掉，事后，不同借用标的物能够返还原物，只能用同类、同量的替代物来清偿。民间借款和银行借款在标的物上的一致并不排除标的物的来源不同，即民间借款所出借的资金主要来源于民间闲散资金和个人自有资金，而银行和其他金融机构是负债经营的，贷款的资金来源于存户的储蓄存款。

2. 都是转让标的物的处分权

借用合同所转移的是标的物的使用权，买卖合同所转移的是标的物的所有权，那么，借款合同所转移的是什么呢？有的认为是所有权，也有的认为是使用权，而我们认为是处分权。从表面上，当贷款人将作为标的物的金钱交付给借款人后，借款人对该笔款项拥有占有、处分、使用、收益等权利，但是，借款人最终因需返还而不能取得所有权，贷款人出借后因能得以返还也不丧失所有权。可见，借款人仅在形式上取得所有权，而实质上因返还而使贷款人仍享有所有权。因此，借款合同所转移的标的物仅仅是处分权，借款人处分使用后到期仍需返还贷款人。因民间借款和银行借款在标的物上的一致和本质上的相同，故两者所转移的标的都是处分权的转移。

3. 贷款人都要付出借款，借款人都要返还借款

无论是民间借款还是银行借款，贷款人的义务是向借款人支付借款，否则，借款法律关系无法真正成立；借款人取得借款后，无一例外地都要到期返还本金，这是借款人应尽的义务。

三、民间借款与银行借款的区别

民间借款和银行借款虽然都是借款，但两者毕竟是两种类型的借款，在许多方面有不同之处，主要表现在：

1. 借款主体不同

首先，贷款人不同。民间借款的贷款人是自然人和非金融企业，而银行借款的贷款人是经依法批准设立的经营存贷业务的金融机构，包括银行和其他金融机构。其次，借款人所有不同，自然人、法人和其他组织均可以成为银行借款的借款人，而在民间借款中，贷款人是企业的话，另一企业一般不能作为借款人。

2. 合同种类不同

有偿与无偿问题。银行和其他金融机构主要依靠收取借款利息来求生存和发展，所以，除法律另有规定外，所发放的贷款都必须按规定收取利息。利息也是借款人取得和使用银行借款的代价。因此，银行借款不是无偿的，而是有偿的。民间借款是否收取利息，由贷款人与借款人约定。贷款人自愿放弃利息的，其合同为无偿合同，即无息合同；如果约定收取利息的，其合同就为有偿合同，即有息合同。两者的区别在于：银行借款是有偿的，民间借款可有偿也可无偿。

诺成与实践问题。根据合同的成立是否以交付标的物为要件，合同可分为诺成合同和实践合同。诺成合同是指当事人意思表示一致即可成立的合同。在我国由于银行和其他金融机构信用程度高，人们不担心借款合同签订后银行不给钱，因此，国务院的《借款合同条例》和人民银行的《贷款通则》都规定：借款人提出申请，贷款人审查批准后即可签订借款合同，借款合同依法签订后即具有法律约束力，双方当事人都必须严格按合同约定履行义务。由此可见，银行借款不必把钱交给借款人作为合同成立的要件。

民间借款合同一般为实践合同，但也有诺成合同。民间借款当事人之间的借款，通常基于特殊地域关系（如同乡、同村、街坊邻居等）、血缘关系（如父子、母女、兄弟姐妹等）和友情关系（如朋友、同学、战友等）而发生的，由于这些关系的存在，他们

之间往往直接利用口头形式借款。但是，口头形式合同往往不可靠。如果贷款人信用不好，口头答应出借而实际不提供借款，就会使借款人的预期利益不能实现，甚至造成损失；如果借款人要求借入，届时拒收借款，则可能对贷款人不利。在这些情况下，民间借款合同以口头形式成立即生效，则会破坏合同的履行，又因违约而加重借款当事人的责任。《合同法》第二百一十条规定，民间借款合同以贷款人实际提供借款为生效要件，强调民间借款合同为实践合同，对促成合同履行，避免承担违约责任，都有一定意义。

但是，当事人如果订有书面的有偿借款合同就有可能是诺成合同。《合同法》第十条规定，除法律、行政法规规定应当采用书面形式的外，由当事人约定。民间借款的双方当事人约定采用书面形式订立合同的应当允许，且值得提倡。但是，当事人约定采用书面形式订立借款合同的（不包括出具一般借据），就不一定以贷款人提供借款为合同生效的要件。因此，书面形式的民间借款合同就有可能是诺成合同。当然，贷款人提供借款后再订立合同，包括出具借条，则应另当别论。

要式与不要式问题。根据合同成立是否需要采用特定的方式，合同可分为要式合同与不要式合同。凡需采用某种特定方式才能成立的合同为要式合同，凡不需采用某种特定方式就能成立的合同为不要式合同。根据《合同法》、《贷款通则》等法律和规章的规定，银行借款必须采用书面形式订立合同，未采用书面形式订立的银行借款合同为无效合同，因而，银行借款合同为要式合同。民间借款合同一般为不要式合同，双方当事人既可以采用书面形式，也可以采用口头形式，还可以采用其他形式，完全由双方当事人自己约定。

3．借款要求不同

根据《商业银行法》、《借款合同条例》和《贷款通则》等法律、法规和规章的规定，自然人、法人或者其他组织向银行或者其他金融机构要求借款，应当提出申请，填写《借款申请书》，并提供有关资料。银行或者其他金融机构受理申请后，应当对借款人的信用等级和借款的合法性、安全性、盈利性等情况进行调查。信贷员对调查情况进行核实、评定，提出意见，并按规定权限报批。借款申请经批准后，还要与借款人、担保人签订合同。贷款发放后，还要进行贷后检查。由此可见，银行借款有着严格的程序要求。民间借款无此严格要求，贷款人一般只是询问借款用途、数额、还款能力等基本情况就决定是否给予借款。

4．适用法律不同

银行借款有比较完整的法律规范，无论放贷还是收贷都必须依法办事。银行借款不仅适用《民法通则》、《合同法》这些与民间借款共同适用的法律，而且还要适用《借款合同条例》、《贷款通则》等金融法规和规章。民间借款比较自由，对其规范的法律规定不多，通常只适用《民法通则》和《合同法》中的有关规定，与银行借款有关的金融法律、法规和规章对民间借款一般不适用。

5．利息不同

《商业银行法》第三十八条规定："商业银行应当按照中国人民银行规定的借款利率的上下限，确定贷款利率。"银行借款的利率具有规定性、统一性和相对稳定性，即在人民银行规定下，有相对统一的利率标准，在一定时期内利率相对稳定，即使上下限有所浮动，差距不大。民间借款的利率由当事人的意志决定，可以不收利息，也可以低于银行利率收取，还可以高于银行利率收取，只要双方当事人自愿约定即可。最高人民法院《审理借贷意见》对利率只规定一个上限，即不超过银行同类贷款的四倍。这个规定也仅在诉讼程序中发挥作用，如果民间借款的借款人愿意

支付超过银行同类贷款四倍以上的利息，当事人之间无纠纷，也无诉讼，政府和法院也无法定措施予以干涉。但如果银行借款利率违反规定，人民银行就可以依管理职权予以处理。

6. 实体处分权不同

银行和其他金融机构出借的资金属于国家、集体和存款人的财产，除法律有特别规定外，任何人都无权免收全部或部分本金；同时，信贷人员不得擅自对借款人免息、减息。即使借款人完全丧失履行能力或无履行能力，借款案件经诉讼后，也只能由人民法院依照法律规定裁定终结执行。信贷人员和金融部门的负责人在无法律依据或未经批准的情况下，擅自放弃本金和利息是对国家或集体权益的损害，都是无效行为。民间借款的情况不一样，当事人对自己的财产享有处分权，贷款人根据自己的意志，可以放弃全部或部分本金，也可以放弃全部或部分利息。

7. 担保情况不同

《贷款通则》第十条规定："除委托贷款以外，贷款人发放贷款，借款人应当提供担保。贷款人应对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。经审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，可以不提供担保。"从这条规定来看，银行或其他金融机构为确保贷款安全收回，除委托贷款和借款人资信良好确能偿还的以外，应当提供担保。从银行贷款的实践来看，信用贷款很少，绝大多数是担保贷款。民间借款是否提供担保，完全由当事人自己决定，没有哪个法律或规章规定民间借款应当提供担保或不需提供担保。

对银行借款与民间借款进行比较后，我们不难发现，因为银行和其他金融机构聚集着大量的社会资金而负债经营，对融通资金和调节社会经济关系有着巨大的作用，所以，国家通过立法途径对银行借款予以严格规范。民间借款的资金都是个人或企业自

有的闲散资金，民间闲散资金流动对社会和经济有一定的作用，但不会与银行借款一样产生巨大影响，故国家予以相对自由。

第三节 法律规范的适用和比较

民间借款的资金绝大多数属于民间个人自有的闲散资金，这一资金性质决定民间借款具有广泛性和自由性的特征。正因为民间借款具有自由性的特征，国家认为应当让当事人有更多的自主权利，不宜用法律严格规范，因而，法律、法规对其规定不多也不严。但是，民间借款也是有法律规定的，也必须在法律规定的范围内活动，否则，当事人的合法权益会被侵害，甚至造成社会秩序混乱。

一、规范民间借款的法律

从我国现行立法的规定来看，民间借款的法律规范主要有：

1.《民法通则》的有关规定

《民法通则》是我国一部基本法，对民事行为作了全面的规范。民间借款属于民事行为，当然适用《民法通则》的有关规定，如《民法通则》规定的民事主体、法律行为、代理、责任等，都适用于民间借款。但是，直接规定民间借款的只有第九十条和第一百零八条。第九十条规定："合法的借贷关系受法律保护"。第一百零八条规定："债务应当清偿。暂时无力偿还的，经债权人同意或者人民法院裁决，可由债务人分期偿还，有能力偿还拒不偿还的，由人民法院判决强制偿还"。

2.《合同法》的有关规定

民间借款实际上是一种合同行为，因而为合同法律所调整。《合同法》的总则部分和分则中第十二章的"借款合同"适用于民

间借款。总则部分对所有合同都适用，包括民间借款合同。第十二章的“借款合同”适用银行借款，也适用民间借款。但是，这一章主要规范银行借款合同，有些条款对民间借款合同不适用，后面将分析这个问题。

3. 最高法院的有关司法解释

《民法通则》和《合同法》对民间借款虽有规定，但很原则。在实践中，如何规范民间借款的具体行为，特别是发生纠纷诉至法院后如何审理，法律规定还不够，因此，最高人民法院作出了几个司法解释：

《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》。这个意见虽然是最高人民法院审判委员会于 1991 年 7 月 2 日讨论通过的，早于《合同法》实施 8 年，但是，《审理借贷意见》主要是解决人民法院审理民间借款的程序问题，而《合同法》主要是规定实体问题，一般不规定法院审理问题，因此，《审理借贷意见》在《合同法》实施后仍然是人民法院审理民间借款合同纠纷案件的主要依据。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《贯彻民法通则意见》）中第 121 条至第 125 条的规定，专门解释民间借款问题。但是，其中大部分内容已为《合同法》所吸收。因此，已被《合同法》所吸收的内容，不再适用该司法解释。但也有少量内容未为《合同法》所规定，也不违背《合同法》立法精神，故仍可为民间借款所适用。

《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》。这是最高人民法院审判委员会于 1999 年 1 月 26 日讨论通过的司法解释。这个司法解释认定公民与非金融企业之间的民间借款的效力问题，可为人民法院审理此类案件的依据。

二、法律规范的比较

《合同法》中的有关规定是民间借款合同的主要和直接的法律依据，因而，民间借款合同主要适用《合同法》的有关规定。民间借款作为一种民事行为，同时还应适用《民法通则》和有关司法解释的规定。为了在法律适用上处理好关系，有必要将民间借款的有关法律和司法解释进行比较。

1.《合同法》与《民法通则》有关问题的比较

首先，应当明确这么一个问题，《民法通则》对民间借款合同问题的规定是很原则的，只规定合法的借贷关系受法律保护，而《合同法》对民间借款的规定比《民法通则》具体、明确，且《合同法》是合同关系的专门法，故此，民间借款的合同问题应当适用《合同法》有关借款合同的规定。但是，《民法通则》中与合同相关的一些民事问题的规定，《合同法》没有规定的，应当适用《民法通则》的规定，如民事法律行为、代理、诉讼时效等。

其次，当《民法通则》与《合同法》在民间借款问题上都有规定，或者规定不一致时，适用哪个法律呢？这涉及两个法律对民间借款的效力问题。《民法通则》重于基本民事权利义务的规定，而《合同法》则重于合同权利义务的规定，当我国出台民法典时，两个法律将都是民法典中重要组成部分，难以区分谁的效力高低问题。但是，当我们把民间借款作为合同处理时，由于《合同法》是专门法、新法，应当适用《合同法》的规定；当我们在处理民间借款关系中出现基本民事权利义务问题时，且《合同法》没有规定的，应当适用《民法通则》的相关规定。

2.《合同法》与有关司法解释的比较

《合同法》的效力高于司法解释，因而，当《合同法》有明确规定时，应当适用《合同法》的规定。现在的问题是，如果出现

《合同法》没有规定，而以前的司法解释已有规定的情况，可否适用以前的司法解释呢？我们认为，以前的有关司法解释只要不违背《合同法》的立法精神，就可以适用。例如，《合同法》第二百一十一条规定：自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。但对利率发生争议未规定如何认定。对这个问题，我们认为可以根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第124条规定进行处理，即借款双方因利率发生争议，如果约定不明确，又不能证明的，可以按照银行同类贷款利率计息。

三、适用《合同法》第十二章的问题

因为银行借款合同与民间借款合同在本质上有着共性，故《合同法》第十二章将这两种借款合同一起规定在“借款合同”之中。但是，《合同法》第十二章的十六条规定，主要是规范银行借款的，有些规定对民间借款合同不适用。下面逐条罗列出来简单地予以说明，至于具体适用问题将在后面有关章节中再作详细分析。

第一百九十六条是关于借款合同的概念的规定。当确定民间借款合同概念时，加上“民间”两字就能区别于银行借款合同的概念。

第一百九十七条是关于借款合同采用的形式要件和内容要件的规定。前面已经介绍过，民间借款合同的形式采用不要式，对这个问题，该条规定是明确的。至于这条规定里的借款合同的7个内容要件，全部适用于银行借款合同，而对民间借款合同来说不一定全部适用，仅是倡导性条款，但借款数额是必不可少的内容。

第一百九十八条是关于借款担保的规定，适用于民间借款合同。

第一百九十九条是关于借款人提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况的规定。这条规定仅适用于银行借款，民间借款当事人如无特别约定，这条规定不适用于民间借款。

第二百条是关于预先扣除利息问题的规定，对银行借款和民间借款都适用。

第二百零一条是关于双方当事人借款违约责任的规定。这条规定对民间借款来说，只适用诺成合同，而不适用实践合同。

第二百零二条是关于贷款人对借款使用情况有检查权、监督权的规定。这条规定是对银行借款而设定的，一般不适用民间借款。

第二百零三条是关于停止发放借款、提前收回借款和解除借款合同的规定。对民间借款而言，一般不适用。如果民间借款当事人订立的借款合同是诺成合同，且有此特别约定的则可适用。

第二百零四条是关于银行借款利率的规定，不适用民间借款。

第二百零五条是关于支付借款利息的期限的规定，对银行借款和民间借款都适用。

第二百零六至二百零九条关于借款人返还借款期限，未按期返还借款的违约责任、提前偿还的利息计算和借款展期的规定，都适用于民间借款。

第二百一十条和第二百一十一条规定的借款合同生效时间及利率问题，本身就为民间借款而特别规定的，故只适用于民间借款合同，而不适用银行借款合同。

这里简单地罗列说明，目的在于避免银行借款与民间借款在适用法律上的混淆。在实践中，不得将只适用银行借款合同的条款误用于民间借款合同，也不得将只适用于民间借款合同的条款误用于银行借款合同，以防适用法律错误。

第四节　社会原因、性质和功能

民间借款的出现有其社会发展原因，民间借款的存在和发展有着社会基础关系和社会功能。这里研究民间借款的社会原因、社会本质、社会基础关系和社会功能，以使人们对民间借款的本质、特征有更深的理解。

一、民间借款出现的历史原因

以货币为标的物的民间借款活动，是我国古老的一种资金融通形式，有着悠久的历史。商品经济出现后，在漫长的商品交换过程中出现货币。在商品经济发展过程中，一些人持有货币，在满足自己生活、生产和商品交换所需后有剩余，而另一些人因生活、生产所需缺乏货币换取商品，向货币剩余者借取货币使用，于是，出现了原始的民间借款活动。由此可见，民间借款的出现有两大社会原因：一是在商品交换过程中货币的出现，这为民间借款提供了标的物；二是货币余缺而产生的需求，这为民间资金流通创造了客观条件。可见，民间借款的出现是商品经济发展的必然产物。

二、民间借款的社会本质

在民间借款的发展过程中，货币剩余者利用货币这一特殊商品进行交换收取利息，民间借款为剥削阶级所利用，成为剥削的工具，具体手段是利用高利贷吮吸老百姓的脂膏，这是中国封建社会和半封建半殖民社会中民间借款的本质。民间借款的这一本质，使剥削阶级更富有，使穷苦百姓更贫困，成为阻碍社会经济发展的一大原因。在社会主义社会里，政府引导民间借款朝着正

确的方向发展，限制和打击高利贷活动，从而从根本上改变了民间借款的性质和功能。在新的社会里，尽管仍然存在高利贷和“抬会”、“标会”、“地下钱庄”等违法借贷活动，但是，这些活动是少数的，是被打击的对象，并不影响民间借款的新性质。在社会主义制度下，民间借款不再是剥削的工具，而是人们互相帮助和促进经济发展的资金流动形式。

三、民间借款在主体上的社会关系

在社会主义社会里，民间借款在主体上有着地域关系、血缘关系和友情关系，这三个关系充分体现民间借款社会关系的特点，是民间借款存在和发展的基础。

1. 地域关系

这里的地域是指本乡本土。贷款人和借款人绝大多数是本乡本土的，这是民间借款的一大特点。本乡本土体现“民间”特色，绝大多数民间借款发生在本乡本土当事人之间，如同乡人之间借款，同村人之间借款，街坊邻居之间借款等，充分说明民间借款的地域关系。民间借款之所以具有地域关系的特色，是因为贷款人与借款人之间有一个了解和信用问题。民间借款主要依靠信用，而不是担保。本乡本土的人，相互之间比较了解、熟悉，信用程度较高，贷款人出借资金比较放心；即使贷款人与借款人事先不了解、不认识，也必定有与双方都认识的人介绍，贷款人出于对介绍人的信任而出借资金；如果借款人借取资金后不能按期归还，因为是本乡本土的人，容易催讨，也便于催讨。由于地域关系有这些优点，故为民间借款之社会基础。

2. 血缘关系

血缘关系，是人类因生育而自然形成的，如父母与子女之间、兄弟姐妹之间的关系。血缘关系的当事人，相互之间信用程度高，

情况十分了解，关系十分密切，因而发生借款关系最为普遍。基于血缘关系的民间借款，大多数出于帮助、支持的目的，因而无息、低息的占多数。血缘关系是民间借款社会关系的组成部分。

3. 友情关系

友情，是人与人之间的友谊和感情，如战友、工友、同学、同事、恋人等等。人与人之间的友情，一般要经历一段时间，相互了解一定情况后才能建立起来。双方有了友情，借款关系便有了基础。基于友情关系而发生借款关系，友情关系便是民间借款的社会关系之一。

除以上三种关系外，民间借款还有其他的社会关系，如道德关系等。

我们所分析的上述关系，是社会主义社会里的人与人之间的关系。在剥削阶级的社会里，贷款人绝大多数是剥削阶级里的人，他们也许会在借款时考虑地域、友情、血缘关系，但这并不改变以高利贷剥削穷苦百姓的本质。

四、民间借款的经济关系

民间借款在经济上表现为两个内容：一个内容是借款本身是人与人之间形成的以金钱为内容的一种经济关系，这个问题前面已经阐述过，这里不再赘述；另一个内容是民间借款与社会经济的关系，即民间借款对社会所产生的经济影响。

民间借款对社会经济的影响表现为正反两个方面。正面的影响是：合法、有序、适当的民间借款活动，能使生活贫困的人获得帮助，发展生产，逐步脱贫，改进生活，能够使农业生产、个体工商户和合伙企业等得以发展，从而促进社会经济的发展；这是民间借款的进步功能。从负面影响看，大量的非法的民间借款的出现，如高利贷、“抬会”等，则会破坏金融秩序，造成局部社

会安定问题，因而会阻碍经济的发展，这个问题应当引起各级政府的注意。

五、民间借款的社会功能

民间借款作为一种社会现象持续存在并呈发展趋势，当然有其社会需求原因。社会需要民间借款的主要原因在于民间借款有着积极的社会功能。当民间借款具有社会功能时，就为人们接受和利用，就具有生命力，特别是在社会主义市场经济条件下，民间借款经国家引导和法律规范，更显示出具有进步意义和积极作用的社会功能，具体表现为以下几个方面：

（一）接济贫困，有利于脱贫致富

解放后，我国还很穷，人民生活水平低下，贫困人口很多。十一届三中全会后，党和政府十分重视脱贫致富工作，特别是近几年来扶贫力度大大加强，扶贫措施频频出台，如政府拨款、银行贷款、社会集资等等，采取这些重大措施使大量贫困人口脱离贫困，逐步走上共同致富道路。但是，不能因此忘记民间借款对脱贫致富的作用。从近十多年的民间借款的实际情况看，贷款人绝大多数是先富起来的人，他们作为具有传统美德观念的社会主义国度里的公民，绝大多数是有助人为乐和以富带贫的精神，加之民间借款主体之间有着友情、血亲、邻里等特殊关系，因而先富起来的人乐于将剩余的钱出借给他人，有的还无息、低息出借。而借款人大多数是生活贫困，或者发展生产经营而缺少资本的人，他们从先富起来的人手中借得货币，缓和了生活困难，发展了生产，走上了致富道路，这样的例子不胜枚举。由此可见，民间借款与以富带贫、共同致富有着密切的关系，体现了现代民间借款的进步意义和社会主义制度下的本质。

（二）互通有无，融通民间资金

我国广大公民和企业虽都将手头的资金以存款形式聚集到银行、信用社，但仍有不少闲散资金。这些闲散资金未存银行不流通，发挥不了其应有的作用，失去一定的经济价值和社会价值，既不利于持有者，又不利于社会。另一方面，还有不少人急需用钱稳定生活，发展生产。一类人有钱闲置，另一类人无钱需钱，如何调节两者关系?政府不得用行政手段命令谁的钱必须借给谁。金融机构在调节资金方面起了很大的作用，但手续繁琐，条件严格，客观上也不能全部满足要求。民间借款恰恰在这块“空地”里拾遗补缺，发挥了互通有无、融通民间资金的作用。

（三）提供资本，促进经济发展

市场经济的各个主体创办和发展经济事业，必须具备一定的资本条件，然而，我国社会主义社会处于初级阶段，市场经济刚刚迈出步子，市场经济主体缺乏资本的情况普遍存在，因而，不论大、中、小型企业，还是个体工商户、农业承包户，大多数依靠借款为资本。即使生产经营事业已经形成，绝大多数也不满足于现状，都力图扩大和发展，在这种情况下，仅靠自己的积累是不够的。于是，人们把眼光投向金融机构，当然，金融机构解决了他们相当部分的需求，但由于金融机构不能完全予以满足，加之条件严格，手续繁琐。于是，不少中小型企业，特别是个体工商户、农业承包户和合伙、私营企业把眼光转向民间借款。民间借款虽然借款数额不如银行借款大，但面广、灵活、自由，通常不受条件的限制，在一定程度上满足了市场经济主体的要求。民间借款为市场主体提供了资本，在很大程度上促进了社会主义市场经济的发展。

（四）互帮互助，有助于精神文明建设

贷款人出借金钱的目的有四种：一是为了帮助借款人解决困

境，无息或低息出借；二是为了获取正常的收益，以合理的利息出借；三是为了获取不当得利，以高利出借；四是为了实现利息收益以外的不正当目的，恶意出借，如为了勾引人家的妻子而主动将钱借给其丈夫等。后两种情况少数，不能代替当前民间借款的主流，而前两种情况占绝大多数，是民间借款的正常情况。贷款人应借款人的要求，以合理利息、低息或无息将钱出借，帮助他人解决生产生活中的困难，表明贷款人心地善良，为人慈善，讲究公平、合理，这正是社会主义公德所要求的具体内容，将会促进社会主义精神文明建设。

第五节 应当遵循的原则

民间借款的原则，是双方当事人在民间借款中应当遵循的行为准则。为使社会有良好的秩序，人们在生活中必须遵循一定的行为准则，民间借款活动也不例外，而且更需原则予以规范。因为，民间借款具有广泛性和自由性的特点，法律对这种活动的规定不多，也不具体详细，这就容易出现无序和混乱状态。为了解决这些突出的问题，必须阐明、强调和坚持民间借款的原则，用原则来调整借款关系，并判断是否合法，使当事人的行为在自由中得以规范，做到依法借款和收款，确保债务清偿和债权实现。

法律没有专门为民间借款的原则作出规定，但《民法通则》和《合同法》中的有关原则规定适用于民间借款。根据民间借款的自身性质和特点，根据上述两个法律规定，我们认为，民间借款有平等、自愿、互利、公平、诚实信用、合法等六条原则。

一、平等原则

在社会主义国家里，人与人之间在政治、经济、文化等方面

处于同等的地位，享有同等的权利。《合同法》第三条规定：“合同当事人的地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。”这条规定虽非民间借款合同专有原则，但民间借款属其调整范围，故平等原则适用于民间借款。从法律角度看，民间借款的平等原则主要表现在以下几个方面：

1. 贷款人与借款人的民事权利能力平等

公民的民事权利能力，是指公民可以享有民事权利和承担民事义务的资格。民事权利能力对所有合同当事人都是平等的，在范围上是一致的。民间借款作为一种民事合同，贷款人与借款人的民事权利能力也是平等一致的。除法律另有规定外，贷款人对借款人，借款人对贷款人，政府和第三人对当事人，都不得限制或者剥夺民事权利能力。在现实生活中，由于封建思想或个人利益作怪，限制和剥夺他人的民事权利能力的情况仍有发生。有一事例：村民高某 71 岁，身体健康，一生勤劳，心地善良。去年 7 月间，高某见邻居好友刘某患肠癌仍有治疗希望但苦于缺钱无法实施手术，便主动提出将一生积累的 5000 元钱借给刘某，不收利息。高某儿子（45 岁）和儿媳知道此事后，料定刘某即使病愈也无力偿还，又为了早日“吃”进老父这笔钱，极力反对其父将钱借给刘某，一边威胁刘某，一边强行要高某交出钱来。刘某无钱治病，加之高某之子的威胁，不久病故。高某见好友病逝，善心不成，又见儿子不孝，便将钱烧掉，然后服下农药自杀而亡。类似高某有民事权利能力而不能行使的悲剧，在当前农村中仍然存在。

2. 贷款人与借款人在借款时必须平等协商

在我国，任何民事合同的当事人都是平等的主体，在法律规范之中平等协商订立、变更和消灭合同。从我国广大农村的实际情况来看，有不少人法制观念不强，向他人借款不讲平等协商，将

自己的意志强加于他人。有的人认为朋友、邻居不借给钱是看不起自己，不给面子，因而反目成仇；有的人认为自己是长辈、是领导，下辈、下级应该借钱给自己，否则，说下辈不孝，给下级难看；有些村霸地痞，凭借横行霸道之势，强行向他人借钱。这些违背平等协商原则的行为，如果能够提供证据予以证实，根据《合同法》第三条和第五十二条的规定，由此所订立的民间借款合同都是无效合同。

3. 贷款人和借款人在适用法律上平等

当事人在适用民间借款法律上的平等，是我国民事法律制度的具体体现。适用法律平等，要求自然人、企业不论作为贷款人还是借款人，都要平等地遵守民间借款法律，在要求对方守法时不得自己违法。这个原则要求双方当事人平等地享受权利和承担义务，反对只借不还或无借要还；要求所有当事人不得有超越法律的特权，反对借款人凭借权势强行借款。

4. 贷款人和借款人的实体权利和义务平等

这是平等原则的实质内容，主要表现于：①国家在民间借款的立法上，首先摆平了当事人的实体权利义务关系。《民法通则》第一百零八条规定，债务应当清偿；《合同法》第六十条规定："当事人应按约定全面履行自己的义务"。②贷款人实际上没有将钱借给所谓的借款人，所谓的借款人就不对该所谓的贷款人承担还款义务；如果贷款人出借了金钱，借款人收取了该借款，那么，借款人在借款到期后负有还款义务。③贷款人借给借款人多少数额的货币，借款人应当如数返还本金，贷款人只能少要而不能多要，借款人不必多付也不能少付。至于借款人多于本金数额所支付的利息，属于贷款人资本利益，同时属于借款人的义务。此外，司法机关在处理民间借款纠纷案件时，要依法摆平双方当事人的实体权利义务关系，以法律为准绳，以事实为根据，公正下判，依

法执行。

5. 贷款人和借款人的诉讼权利平等

当民间借款合同到期后，借款人不履行还款义务，贷款人有权向人民法院提起诉讼，而作为被告的借款人有权答辩、反诉。在民间借款的诉讼程序中，双方当事人虽然存在不同的诉权表现形式，但这不会影响双方诉讼地位的平等。在民事诉讼中，不论当事人地位高低、权力大小、诉权不同，诉讼地位都是平等的。

二、自愿原则

自愿是我国民事法律的一项基本原则，也是民间借款的一项重要原则，它体现市场经济的内在要求和我国社会主义法制的民主制度。

1. 自愿与平等的关系

自愿原则的基础是当事人的法律地位平等，并由当事人法律地位平等所决定。民间借款当事人之间的地位既然是平等的，就会产生自愿原则，自愿是地位平等的实质内容和表现。平等与自愿是统一的，没有平等就没有自愿，没有自愿也就没有平等。如果允许借款人一方说了算数，不论贷款人是否同意都必须借款的话，贷款人就没有自愿可言，双方地位就不能平等。民事法律关系与行政管理法律关系不同，在行政管理中，行政机关是管理者，处于主动地位，行政相对人是被管理者，处于被动地位。在地位不平等的情况下，行政机关可以在行政相对人不同意的情况下单方作出处理或处罚决定，从而实现行政管理目的。但是，民间借款各方当事人之间法律地位是平等的，所以，只有自愿协商一致，合同才能成立；任何一方作出单方意志表示强迫对方接受，都不能使合同成立有效，都不能达到合法借款目的。

2. 自愿原则的内容

自愿原则的核心内容是各方当事人在没有外力强迫的情况下意思表示真实。意思表示是指希望发生民事法律效果的意思表现于外部的行为。在民间借款中，借款人和贷款人各方必须有意思表示，借款人内心想借钱，想借多少钱，这是借款人的意思；贷款人也想借给借款人，想借给多少，想利息多少，这是贷款人的意思。但是，当事人的“意思”仅仅停留在内心思想上还不足使借款合同成立，故还必须有所“表示”。双方在有了“意思”的基础上，经协商一致，订立了借款合同或者贷款人把标的物交付给借款人，这是“表示”。意思与表示一致，合同成立有效。有些民间借款合同从表面上看似乎意思与表示一致，但背后存在外来压力，贷款人出借或者借款人借入，不是其本意和自愿的，这就会使合同无效。所以，有效的民间借款合同，仅有意思表示还不够，必须在意思表示的基础上还须“真实”。

自愿原则在民间借款中的内容主要表现为：

（1）自愿选择相对人。在民间借款中，想要借钱的人向谁借，也就是说选择哪个人为相对人（贷款人），由其自由决定，其他任何个人或单位虽然都可以为想要借钱的人介绍贷款人，但无权强迫想要借款的人必须向谁借款。想把钱出借的人，把钱借给谁，选择谁为相对人（借款人），同样享有自由权，任何单位或个人都不得强迫其将钱一定借给谁。想要借钱的人与想把钱出借的人，都不能强迫对方借款，双方只有自愿协商一致，才能成为某一民间借款合同的当事人。

（2）自愿确定借款内容。民间借款的当事人有自由确定合同内容的权利，只要不违背法律规定、社会公共利益和侵害他人的合法权益，可以自由地订立合同条款。确定借款合同内容的自由主要有：①借款数额自由确定，借多借少由双方当事人自愿协商确定，法律没有规定上限和下限，他人也不得强行干涉；②借款

期限自由确定，双方当事人可以约定明确的借款期限，也可以不约定借款期限，如果约定期限的，期限的长短也由当事人自愿协商约定，民间借款在期限问题上有着任意性；③借款利息自愿约定，双方当事人可以自愿约定利息，只要不超过法定最高限度均为有效；也可以约定不计利息，无偿将款借给借款人；④附条件自愿商定，民间借款如附条件，只要所附条件不被法律所禁止，都为有效条件，他人不得干涉当事人自愿约定的所附条件。

（3）自愿变更合同。民间借款合同大多数是实践合同，这种合同只要把标的物交付给借款人收取就成立生效，因此，实践性的民间借款合同一般不变更借款数额。但是，双方当事人完全可以在合同成立生效后变更期间和利率，如期限的提前和延长，无息变更为有息，有息变更为无息，利率提高或降低，等等。

（4）自愿选择合同方式。原经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法都重视书面合同，口头合同往往被认为无效，但在民间借款合同的形式上，一直予以当事人自由选择的权利，经双方自愿协商一致，既可采用书面形式，也可采用口头形式。

但是，自愿不等于自由。自愿只限于法律许可范围。国家政策和法律给民间借款有很多自由，但也有所限制，如利率不超过银行同类借款利率的四倍，不得损害国家、集体和他人的利益，企业之间不得拆借等等。超逾法律范围的自由，即使自愿，也为无效法律行为。

三、诚实信用原则

1.基本含义和重要性

诚实信用，是言行跟内心思想一致，并能够履行跟人约定的事情而取得信任。诚实信用原属于道德范畴，因它具有确定行为准则和平衡利益冲突的功能，后被法律所吸收并上升为基本原则。

民间借款的诚实信用原则，要求借款双方当事人意思表示真实，主观善意，思想跟言行一致，遵守诺言，信守合同，自觉履行义务；反对以欺诈胁迫、隐瞒事实真相和虚假言行等恶意手段进行借款活动。

对民间借款来说，诚实信用原则是十分重要的，是决定借款关系能否发生的关键因素。众所周知，银行借款绝大多数是担保借款，以担保为手段维护借款债权的安全，而民间借款是基于亲朋好友、街坊邻里等社会关系而发生的，绝大多数是信用借款，因而，诚实信用显得更为重要。特别是借款人的诚实信用程度如何，直接涉及到贷款人是否出借，出借后的借款债权能否安全实现等大问题。需要用钱的人诚实信用程度很低，有钱出借的人即使钱多得铺满了地也不会借给他；需要借钱的人诚实信用程度很高，出借人即使自己无钱出借也许会从他人手里借钱来再借给他。俗话说："有借有还，再借不难。"

2. 各个主体的诚实信用问题

民间借款的诚实信用原则，是对所有当事人而言的，因而，每个当事人都必须遵守诚实信用原则。

贷款人在民间借款关系发生前和合同成立时，大多处于主动地位，因为，借款人需要借钱必须向其提出要求，贷款人是否出借，由自己决定。但是，当贷款人答应出借，特别是形成书面合同后，如无法律规定的特别情况和意外情况，应当恪守诺言，履行合同义务，按约向借款人交付金钱，这是贷款人诚实信用的最主要内容。此外，保证出借的标的物无瑕疵，如货币无严重破损，不故意将假币当真币出借等，都是诚实信用原则所要求的内容。在实践中，有些人自己本无钱出借，为了获得利息收入，答应借钱给需要用钱的人，有的甚至签订了合同，但自己又不能向他人借取低息借款再高利借出，无法履行合同，违背了诚实信用原则

（若附此条件则不违背此原则）。

从实践情况看，强调借款人的诚实信用更为重要。在审判实践中，借款人状告贷款人违反合同而不出借的情况很少见，绝大多的民间借款诉讼都是贷款人状告借款人未履行还款义务的。这里主要有三个原因：一是借款人在借款时确有诚意归还，但在借款期间因为客观上的原因到期确实无力偿还，如做生意亏本，又如借款治病而病愈却还不了债，这不是主观上的问题，因而不能认定违背诚实信用原则；二是借款人在借款到期时，因借款数额、期限或利息以及其他问题发生争议而诉讼到法院，如果不存在"赖帐"因素，也不能认定这种情况违背诚实信用原则；三是借款人在借款时或到期后存心不想偿还或者拖延偿还，或者借故不还、少还，只有在这些情况下，才违背诚实信用原则。借款人诚实信用是贷款人实现借款债权的重要保障。借款人"赖帐"，贷款人虽然可以通过法律途径使债权得以实现，但是，借款人做到诚实信用，自觉履行还款义务是最主要的。从实践情况看，多数借款人是诚实信用的，到期都能履行还款义务，即使有偿还困难，也能主动与贷款人协商，要求延期、减息或者免债。但也确有不少人不守信用，借款到期后，有的以种种借口拒不还款，有的公开扬言不还，有的甚至咒骂、威胁贷款人。由此可见，在民间借款活动中，强调借款人的诚实信用特别重要。

民间借款虽以信用借款为多，但也有担保借款。在担保借款中，担保人的诚实信用也很重要，因为，在借款人不能或未能偿还借款时，贷款人实现债权有赖于担保人代为清偿。如果担保人不能诚实信用，在借款时为了借款人借款成功，表面上表示愿意担保，但借款到期后又以种种借口提出异议，或者干脆逃避担保责任，这会使担保失去一定的实际意义，使贷款人的债权难以实现。担保人的诚实信用还要求，担保人应当以自己所有或有处分

权的财产作保，不得拿他人的财产以自己的名义瞒着贷款人作保；在担保期间，要妥善使用和保管担保物，保持担保物的价值不少于担保债权数额；当借款人到期未能或者不能偿还借款时，要诚心地与贷款人协商处理担保责任问题。

3．在合同整个过程中的诚实信用问题

有人简单地认为，民间借款的诚实信用问题是借款人按约偿还借款和支付利息问题。这个问题确是民间借款关于诚实信用的重要问题，但不能代替民间借款中诚实信用的所有问题。无论是民间借款，还是其他民事法律行为，诚实信用自始至终贯穿合同的全过程。

在协商借款的过程中的诚实信用。当借款人与贷款人发生联系时，借款人要忠实地向贷款人说明借款数额、期限、用途、还款能力和其他有关重要情况，以便相对人决定是否出借及有关问题；此时，贷款人的诚实信用主要表现于向借款人如实说明出借能力及其他有关问题。

合同成立时的诚实信用。借款人向贷款人提出借款要求，或者贷款人向借款人提出出借要求，一般都是要约行为；双方协商一致后，贷款人同意出借、或借款人同意借入，都是承诺行为。不论借款人还是贷款人只要对相对人的要求予以承诺，合同即告成立。如果当事人已经承诺，就应当按照承诺内容履行义务。此时，贷款人按照承诺将标的物交付给借款人是诚实信用的主要内容。

合同到期时的诚实信用。民间借款合同到期后，合同义务的主要承担者是借款人，借款人应当按照约定的期限、数额、利息清偿债务。借款人此时是否按期如数履行义务是是否诚实信用的集中表现。尽管借款人在借款时隐瞒起初情况，如虚构用途、明知无偿还能力说有能力偿还，从而骗取借款，但期满时能够主动按约偿还借款，除法律明文规定应予制裁外（如将借款用于赌

博),一般不再认定其违背诚实信用原则而使合同无效或者追究其责任。相反，借款时所表明的情况都是真的，到期时借故不履行债务，则违背诚实信用原则。

合同终止后，当事人仍要遵循诚实信用原则，承担某些附随义务，如父亲出借金钱，与借款人明言此事不得告知其子，借款人还款后仍负有为其保密而不告知其子的义务。

四、合法原则

合法原则，是所有民事法律行为，包括民间借款行为都必须遵循的原则。《民法通则》第六条规定，民事活动必须遵守法律，这是民事活动合法原则的规定;《合同法》第七条规定，当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，这是合同合法原则的规定;《民法通则》第九十条规定，合法的借贷关系受法律保护，这是民间借款合法原则的规定。

前面已经说过,民间借款活动具有自由性和随意性的特点,但是，自由不是绝对的自由，随意也不是绝对的随意，自由和随意必须限于法律规定范围之内，任何一方当事人不得违背法律搞绝对自由，不得违背法律任意从事借款活动。当事人不得以任意性排除合法性，以自己的任意意志排除对法律的遵守。我们强调民间借款的合法原则，目的是使相对自由和随意的民间借款活动纳入法治轨道。

民间借款当事人应当遵循合法原则，也就是要遵守有关民间借款的法律规定。这里的法律是广义上的法律，其遵循范围包括国家立法机关依立法程序制订和颁布的规范性文件，也包括国务院制订的行政法规，还包括地方人大制订的地方性法规和国务院有关部门、地方政府制订的规章。

合法原则要求民间借款当事人做到：不超越法律限定的主体

范围；不发放高利贷；不非法集资造成金融秩序混乱；不侵害国家、集体和他人的利益；不破坏社会公德，扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益；不得违反《民法通则》和《合同法》有关规定。

五、互利原则

互利，是双方当事人通过民事活动都有可得利益。互利在法理上被承认为民事活动的一般原则，除少数民事活动不存在互利外，一般民事活动，特别是经济活动，都适用互利原则。《民法通则》第四条规定的等价有偿原则，包含着互利的意义。《审理借贷意见》明确规定互利为民间借款的原则之一。

《合同法》总则部分第一章中没有将互利明文规定为合同的原则。于是，人们对民间借款是否应当以互利为原则产生了异议。有些人认为，民间借款与银行借款以及其他经济活动有着不同之处，银行借款除极少数是无息贷款外，绝大多数为有息借款，因而适用互利原则；经济活动也一样，除极少数外，当事人都是为了得利而进行。但是，民间借款有一部分为有息，有一部分为无息。有些贷款人出于友情、血亲关系，或者出于慈善之心，将金钱出借给对方后，不要求对方支付利息。在这种情况下，借款人取得借款而享有使用的利益，贷款人则无利益可图，而且还可能存在借款难以收回的风险，因而，不能因部分借款有息而确定互利为民间借款原则。

我们认为，不因部分贷款人不要利息而否定互利作为民间借款的原则。(1)《合同法》虽然在总则部分第一章中未明确规定互利为原则，但从《合同法》立法精神来看，仍体现互利原则。(2) 虽然《合同法》肯定民间无息借款，但实践中仍以有息借款为多。在通常情况下，无息借款大多发生于物质生活型借款之中，特别是借款人为了解决生活困难，维持一般生计、解决温饱问题，

支付治疗疾病费用等原因而向贷款人借款时，不少贷款人出于同情而无息出借，但随着经济的发展和人们逐步富裕起来，解贫借款越来越少。反之，生产经营型借款越来越多。在市场经济条件下，发生生产经营型借款时，贷款人普遍存在着“你借我的钱去挣钱，我借钱给你也要挣钱”这种心理，而且对利息的要求越来越多，因而民间借款有着向有息发展的大趋势。故此，不能否定民间借款的互利原则。(3) 互利不单纯表现于利息，不能夸大利息在民间借款关系中的地位。银行借款是否互利应以利息为标准而定，但民间借款由于有“民间”的特色，不一定贷款人得息才有利。贷款人不要利息原因很多，可能借款人事前已给其“利”，可能获得人们给予声誉上的好评，借款人可能以其他财物表示感谢，可能在日后会得到借款人的报答等等。基于上述理由，互利应为民间借款的一般原则。

六、公平原则

公平原则是《民法通则》、《合同法》都予确定的民事活动原则，要求民事主体实施民事行为，司法机关处理民事案件，都要有公平观念。公平原则在民间借款中虽然不像诚实信用原则那么显示突出，但也是诚实信用原则的要求，仍不失为民间借款的一般原则。公平原则反映在民间借款合同上，表现为贷款人与借款人之间的借款权利义务对等，任何一方既享有权利也要承担相应的义务，贷款人没有向借款人付出借款，不可能对借款人享有追索借款的权利，借款人已经向贷款人借取金钱，必须承担相应款项的偿还义务，这是民间借款公平原则的最基本内容。同时，民间借款的权利义务应当对等，贷款人出借多少金钱，享有该数额的追索权，不得超过该数额（指本金）；借款人借取多少金钱，就应当承担同等数额的还款义务（也指本金），不得少于同等数额。

在坚持公平原则时，必须反对显失公平。在实践中，在本金中预先扣除利息，利率高于银行同类贷款利率的四倍等，都是显失公平的表现。在附条件的民间借款合同中，所附的条件过于苛刻也会造成显失公平。例如，双方当事人约定，贷款人愿意借给借款人 7000 元钱，年利息 2400 元，使用一年还本付息，贷款人的附条件是要借款人的女儿到贷款人家当保姆，无偿劳动半年。由于借款人急于用钱，被迫接受这个条件。但这个附条件是显失公平的，不为法律所承认。又如，双方当事人约定，贷款人借给借款人 1 万元，使用 6 个月，到期如不偿还，借款人将价值 2 万元的房屋予以抵债。这一所附的条件，也是显失公平的。在实践中，由于民间借款行为较为自由，缺乏约束力，所附条件多种多样，容易出现显失公平的情况，在审判工作中应当引起注意，做到以公平为原则依法予以确认和判决。



第二章 各主体之间的借款

民间借款的主体，是参加民间借款法律关系，并因此而享有相应权利，承担相应义务的人。主体是所有法律关系都必须具有的要素。民间借款法律关系作为人与人之间形成的特定的具体社会关系，总是有双方主体参加的，任何一方缺少对方的存在都不构成民间借款法律关系。从现状来看，民间借款主体的构成大体上有三种，即自然人之间、企业之间、自然人与企业之间。这三种不同关系的主体参加民间借款活动有着不同的特点、要求和效力，故这章专题分析各个主体之间的民间借款问题。

第一节 自然人之间的借款

原始的民间借款产生于自然人之间，亦只存在于自然人之间，自然人是原始民间借款的单一主体。后来，随着社会经济的发展，民间借款主体范围逐步扩大，发展到企业和其他组织。但是，企业和其他组织发展生产经营所需资金绝大多数有金融部门支持，再之，企业从事借款活动容易造成金融秩序混乱而受到限制，又因自然人之间的民间借款比较自由和广泛，故自然人在民间借款

中仍然占据重要地位。

一、自然人与公民的关系

在最高院《贯彻民法通则意见》和《审理借贷意见》中，个人作为民间借款主体的称为“公民”，而《合同法》中称为“自然人”。在现代社会里，公民与自然人在法律本质上没有多大区别。公民是具有一国国籍的自然人，具有我国国籍的所有自然人都是我国公民，都有平等的法律地位。但是，两者在概念上是有区别的。

人们的生活分为政治生活和民事生活。公民是指取得某国国籍，并根据该国法律规定享有权利和承担义务的人。其中的国家具有很强的政治性，因而，公民是政治生活中的概念。自然人在法律上是指在民事上依法享有权利和承担义务的人。自然人是民事生活中的概念，是法人的对称，始于出生，终于死亡。所有公民，不论是哪个国家的公民，都是自然人，但是，并非每个自然人都是某国公民。我国国内的自然人，应当包括我国公民以及居住在我国境内的外国人和无国籍人。过去，有关民间借款的司法解释采用“公民”这一概念，这使人们一直认为民间借款仅限于我国公民。《合同法》采用自然人这个概念后，是否可以认为，在我国境内的外国人和无国籍人与我国公民或企业所发生的借款，也属于民间借款。

二、自然人作为民间借款主体的资格条件——民事行为能力

自然人可以作为民间借款的主体，但并非所有自然人都具有民间借款主体资格，因为，这里有一个自然人的民事行为能力问题。

（一）民事行为能力的三个特征

法理上的民事行为能力，是民事主体独立地以自己的行为，为自己或他人取得民事权利和承担民事义务的能力。自然人的民事行为能力有三个明显的特征：一是法定性。自然人的民事行为能力不由他人和其个人意志决定，而是由国家法律确认的，某一具体的自然人只有达到法律规定的条件，才具有民事行为能力，才有选择自己行为的自由。二是资格性。民事行为能力是自然人进行民事活动的一种资格，这种资格在法律上会带来效力问题，无此资格而进行的民事活动不发生法律效力，只有具备这种资格而进行的民事活动才具有法律效力。三是独立性。自然人具有民事行为能力是一种独立资格，表现为可以独立进行民事活动，他人不可非法干涉。有民事行为能力的自然人独立进行民事活动，可以为自己或者为他人取得权利和设定义务。

（二）民事行为能力的三种情况

根据我国《民法通则》规定，我国公民的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力三种情况。

(1) 十八岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立与他人进行民间借款活动。在实践中，有些人认为自己的子女虽已满十八周岁，但在读高中或大学，没有劳动收入，依靠父母供养，将钱出借是无效的；也有些人认为，在这种情况下，成年人将钱借入，其父母仍是法定代理人，可要求其父母偿还。这些认识都否定了成年人的完全民事行为能力。完全民事行为能力人有资格参加民间借款活动，独立地享有出借或借入的权利，并独立地享有收回本息或者承担还款付息义务。

此外，我国《民法通则》规定：“十六岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为

能力人”。这些人虽未成年，但已就业参加劳动，有自己的独立收入，并能认识自己行为的后果，若不允许他们独立地进行民事活动，就会给其劳动和生活带来许多不便，因而，这些人被视为完全民事行为能力人，可以成为民间借款的主体。

（2）限制民事行为能力的人可否作为民间借款主体问题。根据《民法通则》规定：限制民事行为能力人有两种情况：一是十周岁以上的未成年人，二是不能完全辨认自己行为的精神病人。限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力或精神健康状况相适应的民事活动，其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。限制民事行为能力人从事民间借款活动，如何适用上述法律规定来认定其主体资格和法律效力问题，情况比较复杂，应当作些分析。

限制民事行为能力的未成年人，与他人发生民间借款行为是否有效，关键是看与他的年龄、智力是否相适应。这是一条标准，但很原则。如果案件诉至法院，法院如何认定？我们的意见是从两个重点内容上去把握：一是用途，二是数额。如十周岁以上未成年的小学生、初中生因购买书本、学习用品缺钱，向同学或者向成年人借取几元、几十元人民币，数额小、用途正当，与其年龄、身份、智力相适应，因而，不必得到其法定代理人的同意或追认，就可认定借款合同有效。如未成年的中学学生借款数额大，借款几百元、几千元，且用于与他人合伙做生意，或者将借取的现金转借他人收取利息等，这些行为就与其年龄、智力不相适应，应认定无效。

限制民事行为能力的精神病人，与他人发生民间借款行为，关键是看与其精神健康状况是否相适应，尔后判断其合同是否有效。有些精神病人长期处于病态，长期不能辨认自己行为，精神正常的人（无论作为贷款人还是作为借款人）与他们发生民间借款关

系，均应认定合同无效。但是，有些精神病人是间歇性的，有时不能辨认自己的行为，有时能够辨认自己的行为。他们在不能辨认自己行为时，不论作为贷款人还是作为借款人，与他人发生民间借款关系，其合同均属无效。但是，当他们的精神状态处于正常时，与他人发生民间借款行为，应认为其具备主体资格，如无其他违法情况，应为有效合同。某间歇性精神病人在借款发生时是否精神正常，有时很难判断，怎么办呢？从实践经验看有三种方法判断：一是当间歇性精神病人作为借款人在借款时出具的借据，意思表示明确，文字基本清楚，应当认定其精神处于正常状态；二是间歇性精神病人作为借款人未出具借据，或者作为贷款人出借时无他人证明其精神状况的，只能通过医学鉴定来认定；三是要求精神正常一方当事人或者间歇性精神病人的法定代理人负举证责任，如请有关的介绍人、担保人、在场人等作证，证明间歇性精神病人在借款发生时的精神状况。

限制民事行为能力人，在与其年龄、智力、精神状况不相适应的情况下，与他人订立民间借款合同，事先必须征得其法定代理人的同意，或者事后经其法定代理人的追认，该合同就有法律效力；没有其法定代理人的同意，合同虽已成立，但其效力处于期待状态。此时，相对方可以行使催告权，催告法定代理人在一月内予以追认。法定代理人予以追认的，合同生效；法定代理人不予追认或者一个月内未作表示的，合同无效。限制民事行为能力人与他人已成立的合同被追认前，善意的相对人行使撤销权的，该合同不能生效，即使是实践合同，贷款人已交付借款，也是无效合同。

（3）不满十周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人。无民事行为能力人由于缺乏社会生活经验或因精神健康问题，不能认识自己行为的后果，不具有以自己的

行为参与民事法律关系并取得权利和设定义务的资格，因而，不能成为民间借款法律关系的主体，他们所成立的民间借款合同为无效合同，但已发生的借款权利和义务由其法定代理人享有或者承担。

第二节　自然人与企业之间的借款

《民法通则》及其《贯彻民法通则意见》和《合同法》只规定自然人（公民）之间可以相互借款，而没有规定自然人与企业之间是否可以相互借款的问题。因为法律没有明确，实践中对公民与企业之间的借款问题处理不一致，有的作为有效的民间借款处理，有的作为无效借款处理，因而有必要提出来讨论分析。

一、几种争议及其理由

由于法律对自然人与企业的借款问题既未作禁止规定又未作允许规定，故在实践中对这种借款的效力问题存在不少争议。

第一种意见认为，自然人与企业之间的借款行为应当确认为无效。理由：如果允许自然人与企业之间相互借款，就会使企业资金脱离宏观调控，使金融管理资金进行体外循环，甚至会导致非法放贷和非法集资活动大量出现，从而破坏了金融秩序。其依据是最高院《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》（法复〔1996〕15号），该批复规定："企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同"。

第二种意见认为：自然人作为贷款人将钱借给企业有效，而企业作为贷款人无效。理由：自然人作为贷款人借款给企业，符合《审理借贷意见》的规定，同时，有利于企业得到民间的支持而求得生存和发展，应当是有效的民间借贷；如果企业作为贷款

人贷款给自然人，属于企业从事非法金融业务，因此，该借款行为无效。

第三种意见认为，自然人与企业之间的借款属于民间借款，应当认定有效。理由：《审理借贷意见》第一条规定："公民之间的借贷纠纷，公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷，应作为借贷案件受理。"这一规定实际上承认了自然人与企业之间相互借款的效力。

二、性质属于民间借款

对于自然人与企业之间的相互借款问题，虽无法律明文规定，但有最高人民法院的有关司法解释为依据。最高人民法院《审理借贷意见》和《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》（以下简称《批复》）都认定自然人与企业之间的借款属于民间借款。据此，笔者认为公民与非金融企业之间的民间借款，只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。

《批复》肯定公民与企业之间的借款为有效行为，主要出于对企业处分财产权的尊重。从法理上讲，国有企业对其流动资金有处理权，在一定条件下，在一定的范围内将流动资金出借给公民应予允许；非国有企业对流动资金拥有所有权，更应允许其向公民出借。但是，企业作为贷款人时，相对人必须是自然人，这是由民间借款一方当事人必须是自然人的特点所决定的。

上述第二种意见认为，只有自然人借给企业有效，而企业借给自然人无效。这种观点不符合有关司法解释的精神，也不符合客观实际情况。如企业内部职工生活有困难，企业出于关心借给一点钱；又如作为客户的自然人返回时缺少旅差费，企业借给一点钱。在这些情况下，企业出借资金，如果也无效的话，就会影响企业的自主权，就会给企业带来不利的影响。因此，笔者认为，

这些借款行为完全是合法的，应为法律所保护。

三、企业民间借款行为受到限制

从现行司法解释的规定来看，自然人自愿将金钱借给企业的行为，国家通常不予限制。但是，企业作为贷款人或者借款人时，有关行政法律、法规对其有严格的限制，即使企业完全自愿对自然人借入或借出，也都不得突破国家的限制，否则是无效行为。

根据国务院办公厅《转发中国人民银行整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案的通知》和有关行政法规的规定，最高人民法院在《批复》中对下列情况予以限制：(1) 企业以借贷名义向职工非法集资；(2) 企业以借贷名义非法向企业集资；(3) 企业以借贷名义向社会公众发放贷款；(4) 其他违反法律、行政法规的行为。非金融企业不得吸收公众存款和发放贷款，否则，金融秩序大乱，社会就会不稳定，这是限制企业与自然人之间借款的主要原因。在实践中，企业迫使自然人向其出借的情况经常发生，特别是企业以招工、解聘等名义或手段，迫使职工集资，这就容易导致职工违背真实意思表示的情况下将钱借给企业。

但是，企业的合法借款、集资应当依法予以支持。企业合法借款集资主要表现为三个内容：一是依照法律规定的条件和秩序筹集资金，用于发展生产经营，如股份有限公司发行股票，企业发行企业债券等；二是企业向自然人借款一般是特定的、少额的、临时的，且用于自己生产经营的，而不能向社会公众集资，更不能将借取的款项以营利为目的又借出，进行变相的存贷活动；三是企业将款借给自然人，也只能是个别的，少量的，特需的，且通常是无息的，如本企业职工生病、遇到天灾人祸、家庭生活困难、购买住房等，但不得大面积地、经常性地出借，更不允许以收取利息为目的向社会公众出借。

四、双方当事人意思表示真实

双方当事人意思表示真实，是一切民事行为所必须具备的条件。民间借款作为一种民事行为，除了当事人具有相应的民事行为能力和行为不违反法律和社会公共利益外，还必须与其他有效民事行为一样双方当事人意思表示真实。《批复》中强调了这个问题："只要双方当事人意思表示真实即可认定有效"。这里突出了"只要"，强调了"意思表示真实"。"只要"的背后含义有：有了"意思表示真实"这个条件，不得将自然人与企业之间的借款排除在民间借款之外，肯定这类借款是合法的民间借款；强调意思表示真实，是因为这类民间借款容易出现强迫、欺诈、胁迫等违背当事人意志的情况，如上面说过的，企业强迫职工出借。为了防止这些情况出现，强调自然人与企业之间的借款必须双方意思表示真实是有必要的，它要求自然人与企业，无论谁作为出借方还是作为借入方，都必须出于自己的真实意思，并非来自外部压力或欺诈而为。

五、企业作为民间借款的主体资格问题

法人和其他组织虽然可以作为民间借款的一方当事人，但在主体上必须具备资格条件。

《合同法》第九条规定："当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力"。这是当事人订立所有合同所必须具备的主体资格的规定。

法人和其他组织作为订立民间借款合同的主体，同自然人一样必须具备相应的民事权利能力和民事行为能力。但是，法人或其他组织的民事权利能力和民事行为能力与自然人不一样。法人的民事权利能力和民事行为能力在时间上都始于法人成立，终于

法人消灭，在法人存续期间具有取得权利并承担义务的资格，因而可以成为订立民间借款合同的主体；而自然人的民事行为能力因受年龄、健康状况等因素的影响，不一定每个人都能成为民间借款合同的主体。

法人的行为能力带有特殊性，因为法人在通常情况下只能在其依法核准登记的生产经营和业务范围内活动。从传统的观点来看，法人在核准的经营范围内活动，被认为有民事行为能力，超逾经营范围被认为无民事行为能力。现在的问题是，法人向自然人出借金钱，或者向自然人借入金钱，是否属于一种经营活动，是否超逾经营范围。对这个问题，笔者作两种分析：一是企业借入或借出资金，以利润为目的的，是一种变相的经营金融业务，因企业不具有这一经营业务而从事金融业务，当然是超逾经营业务范围，对此，应当视为无民事行为能力，不得与他人订立民间借款合同；二是企业借入或借出资金，不以利润为目的，也不以此为经营业务，而是为了支持、帮助对方，或者为了解决自己临时性资金困难，你不能说这些借款行为是经营行为，也不能认为企业无此行为能力。据此分析，笔者认为，在民间借款的主体资格问题上，企业应当具备民事权利能力和民事行为能力，而不能以企业是否超逾经营范围作为惟一标准来判断其有无民事权利能力和民事行为能力，同时要考虑其借款行为的目的和用途。

第三节　村民与村委会之间的借款

在现实生活中，经常遇到村民委员会（以下简称“村委会”）将村集体资金借给本村村民，或者村民将自己的钱借给村委会的情况。对这两个特定主体之间的借款问题，法律和司法解释未予明确规定，实践中处理不一，因而有必要专题讨论这个问题。

一、此类借款的合法性问题

村委会是村民的自治组织，其管理的财产为全体村民集体所有。村民是村委会成员，他们的财产为私人所有。村委会与村民在各自的财产上都是独立实体，这为他们之间的借款提供了条件。但是，两者之间发生借款关系的效力如何，是什么性质的借款？司法实践者有不同认识，有的认为，村委会是自治组织，不是生产经营单位，其借款缺乏法律和司法解释依据，应当认定无效；有的认为，村民作为出借人借给村委会应当允许，但村委会将钱借给村民，如果村民无力偿还，就会损害集体利益和广大村民利益，应当予以禁止；第三种意见认为，村委会虽然不是生产经营单位，不同于企业，但村委会与村民之间的关系，相似于企业与职工之间的关系，村委会与村民借款，如无明显违法，可参照最高法院有关职工与企业之间借款的规定，应以认定有效为宜。

笔者倾向于第三种意见，即无明显违法应以有效民间借款认定，主要理由如下：

从立法上看，村委会可以作为出借人将集体资金借给村民。《中华人民共和国村民委员会组织法》(以下简称《村民委员会组织法》第五条规定，村委会应当支持村民依法发展各种形式的合作经济和其他经济。因此，村委会将集体资金借给村民发展经济是正当、合法的。根据村委会自我管理、自我服务的原则，当村民遇有生活困难，如遭天灾人祸难以维生，村委会有职责提供服务，帮助村民度过难关，包括提供借款，也是正当、有据的。由此可见，村委会将集体资金借给村民，只要目的正确、用途正当，是符合《村民委员会组织法》立法精神的。

从借款性质上看，属于民间借款。村委会不是从事存贷业务的金融机构，他与村民发生借款关系，当然不是银行借款；村委

会不是行政机关，与村民不具有行政上的管理与被管理关系，在各自财产的权属上又是相对独立的平等主体，因而，村委会与村民的借款不涉及“官方”问题，故应为民间借款。

从财产权属上看，可以相互借款。村委会是依法设立的村民自治组织，对本村的集体财产依法拥有管理、使用、处分的权利；村民对自己的财产完全拥有所有权，并完全可以行使出借权，因此，两者之间可以相互借款。

在借款纠纷处理上，可以适用《民法通则》第九十条“合法的借贷关系受法律保护”的规定。

二、对村委会借款的限制

我们说村委会与村民的借款具有合法性，只是从性质上和原则上予以肯定，并不是说每一具体借款行为都是合法有效的。对如何认定村委会与村民的具体借款行为效力问题，笔者认为，可以参照最高法院《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》的精神进行处理，如果借款目的正确、用途正当、双方意思表示真实，且不违反金融法律、法规规定的，就应当允许。但是，村委会作为民间借款当事人时也应受到限制。

（一）对村委会作为借款人的限制

从有关法律、行政法规的规定来分析，村委会作为借款人时，不得从事下列借款活动：

1. 以借款名义向村民非法集资

非法集资对所有行为人来说都是无效行为。村委会与本村村民虽有一定组织关系，但不得以此为由而强迫村民搞非法集资，特别是不得以借款为名，取得借款后不还本付息。但是，农村集体借款筹集资金的情况是比较复杂的，有的是合法正当的，不宜一律确定无效。《村民委员会组织法》第十九条规定：村办学校、村

建道路等村公益事业的经费筹集方案，村民委员会必须提请村民会议讨论决定。如果依此程序，村民会议通过了经费筹集方案，村委会据此向村民借款集资，当属合法行为。村里因办学、造桥、修路等公益事业，或者发展生产需要，向村民借款，村民也自愿出借，这些借款，一是用途正当，二是双方意思表示真实，应当认定为合法借款。但是，村委会违背村民意志，强行向村民借款，不论借款用途如何，都违背村民意志，应当认定无效。

2. 以借款名义非法向社会集资

村委会向社会集资，包括向外村村民和村内外企业集资。村委会向社会借款集资也要视其用途是否正当和双方意思表示是否真实而定。如村委会因本村建造学校缺钱，向外村村民或有关企业借款，对方体谅其困难自愿出借，这些借款不同于企业拆借资金扰乱金融秩序，而有利于农村发展公益事业，应当允许。如果村里建寺堂庙宇，村委会出面以借款名义向社会集资，当属无效行为。

（二）村委会作为贷款人的限制

上面已经说过，村委会作为出借人，将集体资金出借给本村村民，在正常情况下应予允许。但是，在下列情况下，村委会出借集体资金是无效的：

1. 以借款名义向社会发放贷款

村委会不是银行，也不是从事存款业务的金融机构，因而不得将集体资金向社会公众，包括本村村民发放贷款，经营贷款业务。实践中，有些富裕的村，集体资金比较多，村委会为了增加村里的收入，以利润为目的将集体资金以放贷形式向村民出借，这种借款行为违反金融法律规定，扰乱金融秩序，当属无效行为。

2. 出借上级专项拨入的经费

上级乡、镇、县、市政府及职能部门，为了解决农村和村民

的生产、生活困难，或者支持村里办好公益事业，或者为了开发某项专业生产，借给村里无息、低息资金，或者拨给无需还本的经费。这些资金一般属于专用资金，都有已定的投资项目或者发放对象。村委会掌握这些资金后，不得随意处分，更不得出借给他人使用。

3. 来自社会的专项赞助款和捐资款

社会各界对农村的赞助和捐资一般都有特定的用场，如华侨出资为农村家乡某小学建校舍；又如农村遭水灾，社会各界捐资救灾等，这些资金都属于道义上的捐献，一般不需还本付息，但必须按照赞助人、捐献人的意图使用。村委会在掌管这些资金时，不得挪作他用，更不得出借，否则，有违社会公德，并可以此为由认定无效。

第四节　企业之间的借款

企业之间的借款关系，是指企业法人之间、企业法人与非法人经济组织之间，一方给付另一方货币，另一方按约还本付息而产生的权利义务关系。我国法律和政策原则上禁止企业之间借款，但在实践中对具体借款情况要作具体分析。

一、此类借款的归类

这里所谓的企业是指除依法批准设立经营金融业务的企业以外的企业。这些企业之间的借款归属于哪种类型的借款？笔者认为，既区别于“银行借款”，又区别于“民间借款”，本可独立成为“企业借款”，但因这种借款通常为法律所禁止，故不能形成一种独立的类型。这些企业因无经营金融资格，故其借款不能称之为“银行借款”。我国借款按照《合同法》规定只分为银行借款和

民间借款两大类，企业之间借款既然不是银行借款，就应当归属于民间借款。再之，在现有的有关司法解释中，对企业之间的借款都称之为“借贷”，而银行出借资金称为“贷款”；法院受理银行（金融）贷款案件定案由为“借款纠纷”，而对民间借款定为“借贷纠纷”。由此可见，企业之间的借款归属于民间借款并无不当。

二、此类借款是违法借款

企业之间的借款虽属民间借款，但不是合法的民间借款。最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四个问题第二条规定，对名为联营，实为借贷的案件，除本金可以返还外，对出资方已取得或约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。最高人民法院《关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得的约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》规定：“对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息，人民法院应依法向借款方收缴”。从这两个司法解释来看，最高人民法院认定企业之间借款是非法的、无效的。1996 年 6 月 28 日，中国人民银行发布的《贷款通则》第六十一条规定：“各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”。可见，企业之间的借款也为人民银行所禁止。

有人认为，在市场经济条件下，要充分尊重市场经济主体的意志，只要企业双方意思表示真实，应当允许企业之间相互借款。为了发展社会主义市场经济，充分尊重市场经济主体的意志并没有错，但是，企业之间的借款有特殊情况，不能让企业自由。理

由：(1) 企业之间借款，违反国家有关金融货币的法律、法规和政策；(2) 企业之间借款，使企业资金脱离银行控制，形成“体外循环”，必然造成资金市场失控和金融秩序混乱。

三、此类借款的违法表现形式

从实践中暴露出的问题来看，企业相互之间非法借款表现形式多样，名目繁多，主要有以下几种：

1. 明借款实违法

有些企业出借资金时，为了防止对方赖帐，与对方企业签订借款协议，明确借款数额、利率、期间、违约责任等内容。从协议表面看，条款齐全，权利义务明确，然而借款行为在本质上违法。这是企业之间最为明显的违法借款表现形式。

2. 名联营实借款

一些企业借联营为名，一方企业虽也出资，但不参与经营活动，不论经营项目是盈还是亏，都要按约定期限收回本金并取得利息，有的按约定期限收回本金，收取固定利润。这些不具备联营共担风险、共负盈亏特征的借款行为，即违反了联营的规定，又违反了金融法律的规定。

3. 名投资实借款

一方企业以投资为名，注入资金后，不对投资项目承担风险，不对被投资企业承担民事责任，有的甚至不记股权，不取股东身份，到期后，不论投资项目是否盈亏，都收回本息或利润。这种行为本质上不是投资入股，而是企业之间的借款。

4. 名融资租赁实借款

合法的融资租赁是由有金融业务经营权的企业，向供货人购买租赁物出租给承租人使用，按期收取租金，合同期满并付清租金后，承租人才可以取得租赁物的所有权。然而，有些没有取得

融资租赁业务资格的企业，出资向供货人购买租赁物提供给承租方使用，同时把租赁物所有权转让给承租人，承租人以租金一次付清价款和利息(或利润)。上述行为违反了融资租赁的有关规定，并非真正的融资租赁，实质上是企业之间的借款。

5. 名补偿贸易实借款

合法的补偿贸易，有以货易货和预付购销两种方式。但是，有的企业之间相互约定，由一方企业提供资金，对方企业按期归还本金，并提供部分货物（或产品）作为利息或利润给出资人。这种以补偿贸易为名的行为，显然是借款行为。

6. 名买卖有价证券实借款

这种行为有三种情况：一是确有有价证券，但双方串通，一方企业卖出，交付标的物并收款后，到约定期限又以高于原价买进，这等于还本付息；二是确有有价证券，但订立买卖合同后，干脆不交付标的物，只在金钱上往来，买进又卖出，且后价高于前价；三是根本没有有价证券，而订立空头买卖合同，借买卖合同名义搞借款活动。这些行为是以买卖有价证券为名，实则为逃避法律的借款行为。

对上述违法行为，事实清楚，证据充分的，应以企业之间的民间借款定性，并确认为无效。

四、此类借款的例外有效情况

企业之间的借款在一般情况下应当认定无效，但不是绝对的，在某些特殊情况下，只要不违反法律规定，不扰乱金融秩序，则可按有效处理。从司法实践看，企业之间下列借款行为可作有效处理：

1. 上下级企业内部之间的借款

作为借款当事人的双方企业有着上下级隶属关系，如母公司

与子公司、集团总公司与集团成员企业，他们之间因生产经营需要，发生借款关系，这是内部借款，不会扰乱金融秩序，反而有利于对方缓解资金困难发展生产经营。

2. 有经常性业务往来的企业的临时借款

企业与企业之间有经常性业务往来，成为老客户，对方生产自己所需产品或经营自己生产的产品，有暂时性的经济困难，出于对对方的支持和帮助，也有利于自己的生产经营，临时性出借一笔或几笔借款，应当允许。但是，经常发生借款关系，且以收取利息为目的借款，则是不允许的。

3. 一方需要对方完成特定业务而对方有经济困难的借款

如承揽合同中的承揽人有专业特长，定作人需要该承揽人定作或加工，但承揽人完成定作人交付的工作有经济困难，此时，定作人为了取得对方的工作成果，而借给承揽人相应的款项，也应当许可。

4. 大中型企业对小型企业依合同有扶持关系的借款

大中型企业依合同将钱借给小型企业，扶持小型企业发展生产，符合国家政策要求，应当允许。

5. 非法人企业之间因生产经营需要临时借款

对非法人企业之间的借款，司法实践中存在两种不同认识：第一种认识是，现行的法律和行政法规规定企业之间借款是违法的，非法人企业也是企业，它们之间借款同样违反金融法律、法规，同样会扰乱金融秩序，因而也是违法的；第二种意见认为，非法人企业，特别股份合作企业、合伙企业、私营企业、个体企业等，发展不平衡，有的实力比较厚，规模比较大，但也有的生产经营产品或项目很有发展前途，但实力差，规模小，生产能力弱，难以取得银行贷款，不少这些企业在发展道路上因缺少资本而夭折，允许这些企业之间相互借款，有利于共同发展，从而推进整个经济

的发展。

笔者认为，从非法人企业的特点和现状来看，生产经营规模不大，私营成分很多，借款数额一般不大，在发展过程中确需得到支持。因此，非法人企业之间出于相互支持帮助目的，临时性借一笔或几笔款，不宜认定无效。

在主张上述几种借款有效的同时，还要强调以下几个问题：应当以支持借款方发展生产经营为目的，不应以利润为目的而收取高于银行同类借款利率的利息；应当有正当的特定的情况出现，不应不分情况借款；应当是临时性的少数几笔借款，而不应经常性的长期从事借款活动；应当不违反金融法律、法规的规定，不应破坏和影响金融秩序。

第五节　第三者参与借款问题

在实践中，需要借钱的人与有钱出借的人，有的相互之间不认识，有的虽认识但对对方情况不了解，有的当事人因故不能到场借款，在这些情况下，民间借款关系需要第三者的介入才能形成。在第三者介入的情况下所形成的借款关系比较复杂，有时还可能涉及第三者有无法律责任问题。

本节分析民间借款中居间人、介绍人、见证人和代理人，至于其他第三者问题，在后面有关章节中再作分析说明。

一、居间人

居间人是在借款人与贷款人中间说合的人。居间人的作用是劝说有钱人将钱借给特定的缺钱人，或者劝说缺钱人向特定的有钱人借款。有的居间人还就借款数额、利息、期限等，在双方当事人之间说合，如借款数额多少、利率高低、期间长短等，向一

方提出建议性意见，又征得另一方同意，对双方的分歧进行劝说，从而使双方当事人就有关借款事项达一致意见，促进借款关系成立。然而，尽管居间人有此媒介作用，但他不是借款关系中的当事人，借款关系是否成立，仍由借款人与贷款人自己决定，因而，善意的居间人在民间借款关系中不享有任何实体权利，也不承担任何实体义务。但当双方当事人就借款问题发生纠纷时，居间人就自己的行为和所知情况负有作证责任。

居间人进行说合，绝大多数是善意的，目的是促使双方当事人形成借款关系，并使双方当事人都有利益。但是，在实践中也有个别居间人进行恶意活动，如居间人明知借款人借款后不会还款或者根本无能力还款，而与借款人串通，向贷款人谎称借款人信用程度高，履行能力强，帮助借款人骗取贷款人的借款，致使贷款人意思表示不真实而出借，并造成到期不能收回借款的后果。居间人恶意行为造成贷款人到期不能收回借款的，根据《民法通则》第五十八条、第六十一条和《合同法》第五十二条、第五十八条、第五十九条的规定，除借款合同按无效处理外，居间人应当承担相应的民事责任，即向贷款人赔偿相应的损失。

二、介绍人

民间借款的介绍人，是引使贷款人与借款人相识或者发生借款关系的人。民间借款介绍人的介绍行为大致分为三种情况：一是仅仅介绍贷款人与借款人相识，有关借款事项全由双方当事人自己决定；二是引使双方相识的同时，介绍当事人的借款意向，使之发生借款关系；三是双方已经相识，介绍人仅为之介绍借款意向。介绍人与居间人的行为方式虽有所不同，但区分两者在法律责任上没有多大意义，即善意介绍人在实体上是不承担任何责任的，恶意介绍人应当承担相应的民事责任。

三、见证人

见证人是指当场目睹可以作证的人。在民间借款发生时，贷款人对借款人不放心，防止日后借款人赖帐，或者借款人让贷款人放心，说明自己不会赖帐，邀请第三者出面见证。民间借款的见证大致有两种情况：一是双方当事人交接借款时见证人亲眼所见，并在借据上签上见证人姓名；二是未立借据或签定合同的情况下，被邀请的第三者亲眼看见双方当事人交接借款。

见证人不是居间人，也不是介绍人，不作说合、牵引等民事行为，但是，居间人或介绍人同时又为双方当事人借款见证，即同时为见证人的情况也是常见的。见证人与居间人、介绍人一样是第三者，不是借款关系的当事人，因而，既不享有实体上的权利，也不承担实体上的义务。但是，当借款人与贷款人发生纠纷时，见证人负有作证义务。见证人的见证比居间人、介绍人作证更为有力，因为，居间人仅为之说合，介绍人仅为之牵引相识或说明情况，贷款人有无实际交付标的物，不一定“当场目睹”，而见证人应当是“当场目睹”者，具有很强的证明力。但是，在实践中，有些名为见证人，实则没有当场目睹，如借款人写好条子，让第三者在该条子上签字为见证人，而该第三人不知道贷款人是否已将借款交付借款人，在这种情况下，该第三人只能证明借款人写了这么一张条子，而不能证明借款关系是否成立有效。又如双方当事人在交接借款时，第三者不在场，事后听某一方当事人说发生了借款关系，他只能作为间接证人，而不是见证人。

四、代理人

代理人是以被代理人名义，在代理权限内，进行民事活动，其法律效果由被代理人承受的人。在民间借款活动中，代理人有两

种，即贷款人的代理人和借款人的代理人。在民间借款中，贷款人和借款人不能自己亲自进行借款活动的，可以委托第三者代为出借或者借入。代理人应当以被代理人的名义借出或借入，在借据上表现于签有被代理的贷款人或借款人的姓名或名称；若是以口头形式借款，也应以被代理的贷款人或借款人的名义借入或借出。如果代理人以自己的名义与他人发生借款关系，只能认定是其自己所作的借款行为，这种情况下的行为人不是代理人，而是贷款人或借款人。有关民间借款的委托代理问题，后面专设一章作分析介绍。

第六节 转 借

转借，是指借款人将借取的金钱又出借给他人的行为。转借过程存在着前后两次有关联的借款，且两次借款在性质上都是民间借款。其中，把钱借入后又借出的人称为转借人——前一合同的借款人即后一合同的贷款人。

一、转借的特点

转借，从其自身性质和行为方式来看，有以下几个特点：

1. 事先有民间借款合同存在

在转借成立之前，已经存在民间借款合同，这既是转借的特点，也是转借的前提条件。如果事先没有民间借款合同，贷款人将金钱出借，是一般借款，就不构成转借；如果转款人将从金融机构贷取的资金再借给他人，虽也属转借，但不是民间借款的转借，且这种转借是一种非法行为，因为银行贷款在通常情况下是不允许转借的，借款人转借贷款资金往往违反银行贷款合同约定的特定用途。

2. 前后两个借款合同形成两个法律关系

前面民间借款合同的成立，为后来发生的转借行为提供了前提条件，但是，前面成立的借款法律关系不能代替由于转借行为所产生的后来的借款法律关系。同样，后来因转借行为所产生的借款法律关系也不能代替前面的借款法律关系。两个法律关系各自独立，不因转借而混同。所要注意的是，转借在这里是一种行为，并不是具体的借款合同。

3. 前面的借款人在后面成为贷款人

例如，甲把钱借给乙，乙又把这笔钱借给丙，乙的行为是转借。由于乙作出转借行为，便产生两个法律关系，即甲与乙的借款关系和乙与丙的借款关系。在这两个关系中，乙是甲的借款人，同时，乙又是丙的贷款人，但甲与丙如无特殊情况一般不发生法律上的关系。也就是说，前一法律关系中的借款人成为后一法律关系中的贷款人，而前一法律关系中的贷款人与后一法律关系中的借款人没有发生法律关系。

4. 两个借款合同为同一标的物

两个借款合同所涉及的标的物是同一的，即前一合同借款标的物成为后一借款合同的标的物，前面借入的钱成为后面出借的钱。如果借款人已经将前面借入的钱使用了，再用其他的钱出借，则不构成转借。

这里的转借不同于银行贷款中经常出现的“转贷”(指以贷还贷)，转贷常常虚构用途，但明显带有展期性质。

二、转借与代借的区别

代借是行为人接受借款人的委托，以借款人的名义代替借款人向贷款人借款的行为。代借实际上是委托代为借入行为。当我们把“转借”与“代借”的特点加以比较时，就会发现两者是不

同的借款行为方式，并产生不同的法律后果。两者的主要区别在于：

1．是否再出借不同

转借首先是由借款人向贷款人借款，然后又将所借得的金钱再出借给他人；代借是由代借人基于借款人的委托而向贷款人直接实施借款行为，借款人因委托代借人实施借款行为，故他没有与贷款人直接实施借款行为，代借所取得的金钱没有再出借。

2．其中一个法律关系不同

转借与代借都涉有两个法律关系，但其中有一个法律关系性质不同。转借所涉及的两个法律关系都是民间借款法律关系，而代借中有一个法律关系是委托代理法律关系，另一个是民间借款法律关系。

3．权利义务的归属不同

转借所产生的权利义务因当事人即行为人而归属于行为人，而代借的行为人不承受实体权利和实体义务，借款到期，代借人不承担还款责任。

三、转借的偿还责任问题

前面已经介绍过，转借有先后两个合同，且先后两个合同是各自独立的合同，因而还款义务也归属于不同的借款人。转借人是前一合同的债务人，对前一合同的贷款人负有还款责任；同时，他又是后一合同的债权人，对后一合同的借款人享有收回借款的权利。前一借款合同的贷款人只对其借款人有清偿债权的请求权，而不能请求后一借款合同的借款人对其清偿。除依法定程序有代位请求权外，前一合同的借款人只对其贷款人负有还款责任，后一借款合同的借款人只对前一借款合同的借款人即转借人负有还债义务。

在实践中，要注意区别代借与转借的还债责任的归属问题。有些转借人认为，自己借别人的钱，已如数借给了下家，自己只不过转手而已，要求其贷款人直接向自己的借款人催讨。这混淆了转借与代借的关系，把转借视为代借。也有些司法人员认为，当两个合同的借款人均未履行还款义务时，两个合同应当合并审理，判令前一合同的借款人清偿其贷款人债权，同时，后一合同的借款人负连带偿还责任，这种观点混淆了两个不同的借款法律关系。

由于前后两个合同是两个不同的借款关系，其中无论哪个合同无效，通常都不影响另一个合同的效力。例如前一借款合同被确认无效后，在正常情况下，不能同时认定后一借款合同也无效，更不能要求后一合同的借款人将借款返还给前一合同的贷款人。但是，在某些特殊情况下，前一借款合同的效力也会影响后一借款合同的效力，如前一合同的贷款人出借的是赃款，借款人借取该赃款后又出借，当司法机关追究该贷款人的刑事责任的同时追缴该笔赃款时，后一借款合同就会无效。

第三章　民间借款合同的订立和效力

在法治社会里，市场经济在很大意义上是法制经济。作为法制环境内的市场经济，是以合同为载体的，受到合同法律的规范。民间借款虽然比较自由，但也属于《合同法》调整范围，因而就有民间借款合同。民间借款合同涉及订立、效力、履行等一系列问题。本章介绍民间借款合同订立和效力的几个问题。

第一节　要约和承诺

要约和承诺是合同成立的基本规划，也是所有合同成立必须经过的两个阶段。民间借款合同的成立过程不比有些合同那么复杂，但要约、承诺也是两个必经阶段。

一、民间借款合同的要约问题

1. 出借要约和借入要约

要约是希望和他人订立合同的意思表示。在民间借款活动中，要约有两种情况，即借出要约和借入要约。

出借要约，是指贷款人希望把钱借给他人而与他人订立借款合同的意思表示。有钱人想把钱借出去，特别是想取得利息的人，往往向特定的人发出要约，表明自己愿意把钱借出去。例如，甲到乙家中，对乙说：自己有一万元钱准备出借，利息2分，期限一年，只要乙要借，就按时借给。这是明确的出借要约。如果出借人在众人的面前说自己有钱出借，谁要借钱都可以找他商议，而不说明具体借款内容，不对准特定的借款人，便是要约邀请。

借入要约，是指借款人希望他人把钱借给自己而与他人订立借款合同的意思表示。借款人因缺钱使用，往往主动向贷款人提出借款要求，表示借款意思。在通常情况下，借款人发出借款要约，都说明借款用途、数额、期限，以及可以接受的利率。借款人完整地具体地表达上述意思，就构成借入要约。

2. 对意思表示的要求

无论是出借要约，还是借入要约，都必须是希望与他人订立借款合同的意思表示。但是，并非什么意思表示都能成为要约，构成要约的意思表示还应当达到《合同法》第十四条规定的要求：

（1）内容具体确定。发出要约的目的是为了订立合同，因而，要约的内容应当有明确的具体的可为未来合同主要条款的内容。对民间借款来说，要约内容具体确定是指借款用途、数额、期限、利率等主要条款应当明确。

（2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。要约人必须表明：当其发出的要约一旦被受要约人承诺时就受约束的意思表示。例如，在出借要约中，甲向乙表示：愿意出借1万元，期限半年，利率15‰，如果乙同意的话就将钱交付乙。这里的乙即受要约人。其中，“乙同意的话就将钱交付乙”就是受约束的意思表示。受约束的内容是要约的内容——已提出的借款数额、期限、利率等。受约束是指要约人的要约被受要约人接受时，要

约人受到约束。受要约人不予接受的，则要约人不受约束。如上例中的受要约人乙认为半年期限太短或者15‰利率太高，而不接受出借要约，则要约人甲不为要约约束。

3. 借款的新要约

在民间借款活动中，借款人或贷款人作为要约人向对方发出有约束力的要约后，受要约人承诺的内容和要约的内容一致，承诺生效。但是，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，是新的要约。新要约是原受要约人作为要约人向原要约人发出的要约，对新要约是否接受，由原要约人决定。

受要约人提出的变更内容是否构成新要约，关键是看受要约人在作承诺时对要约的内容是否作出实质性变更。在民间借款活动中，受要约人对要约人提出的借款数额、利率、期限作出变更是实质性变更，如出借的要约人提出出借1万元，而借入的受要约人要求借2万元；又如借入的要约人提出利率10‰，而借出的受要约人提出利率20‰；再如，出借的要约人提出期限6个月，而借入的受要约人提出借款期限为1年。受要约人提出实质性的变更，应为新要约。对新要约的内容是否接受，由原要约人决定。但是，有些内容的变更属非实质性变更，如将贷款人提出的借款期限适当缩短，又如将交款地由借款人处改为附近的贷款人处等，不妨碍承诺的生效。但是，对非实质性变更，要约人及时表示反对，或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的，则承诺不能生效。

4. 借款要约的撤回

要约到达受要约人时生效，一旦生效就不得撤回，但在以下两种情况下要约人可以撤回要约：①撤回要约的通知在要约到达受要约人之前；②撤回要约的通知与要约同时到达受要约人。撤回要约只要符合上述其中一个条件便有效力，即要约不发生法律

效力。

民间借款的要约，大多以对话方式作出，即要约人以当面口头或电话向受要约人发出要约。此种方式的要约一旦提出即为到达，除当事人另有约定外，受要约人应当即时作出承诺的意思表示。如果受要约人当即未作出承诺意思表示，要约就失去效力。

民间借款的要约人也有可能采取书面形式发出要约，如借入要约人在外地寄信给受要约人提出借款要约，当借款要约信发出后，要约人因情况变化不需要借钱，便用电话告知受要约人，说明不借钱了，要收回要约。因电话比信件传递速度快，受要约人接到电话时，未收到借款要约信或者已经收到未作承诺，在这种情况下，要约失去效力，而撤回要约有效。

5. 借款要约的撤销

要约到达受要约人时生效，要约一旦生效，则不可撤回，只能撤销。但是，撤销有效的要约，必须具备撤销要约的通知在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人的条件。

在民间借款活动中，以对话方式作出的要约，要约人要撤销要约，应当在受要约人当场作出承诺前表明撤销要约，如果受要约人作出承诺，则口头借款合同成立，但未生效。

民间借款是以书面形式或数据电文形式发出要约的，撤销借款要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。例如，甲用书信向朋友乙提出借款要约，乙收到甲的要约信件后，决定按甲的要求出借，并拟好电报准备告知甲，但未发出，此时，甲给乙打电话，说不借了，撤销了要约，此种情况下撤销借款要约是有效的。

关于要约不可撤销问题，《合同法》第十九条规定了两种情形：①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；②受要约人有理由认为要约不可撤销的，并已经为履行合同作了准

备工作。

二、民间借款的承诺问题

1. 出借承诺和借入承诺

承诺，是指受要约人同意要约的意思表示。民间借款的承诺，可分为出借承诺和借入承诺两种情况。

出借承诺，是指接受要约的贷款人同意借款人的借款要约的意思表示。也就是说，贷款人同意按借款人提出的要求将金钱借给借款人的意思表示。出借承诺是贷款人同意出借金钱的承诺。

借入承诺，是指接受要约的借款人同意贷款人的出借要约的意思表示。有钱人向缺钱人表明有钱借给他，并明确数额、利率、期限等，借款人明确表示接受，便构成借入承诺。借入承诺是借款人同意借入金钱的承诺。

2. 民间借款的承诺表示方式

《合同法》第二十二条规定："承诺的表示应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外"。这是一条关于承诺表示方式的规定。

根据这条规定和民间借款的特点，民间借款的承诺表示方式有：书面形式表示，口头形式表示和行为形式表示。

从实践情况来看，民间借款的承诺表示以口头形式占大多数。口头形式包括当面语言交换和电话语言交换。民间借款要约以对话方式作出的，除当事人另有约定外，受要约人应当即时作出承诺的意思表示，否则要约失去效力。例如，甲给乙打电话发出要约：要求乙借给甲 5000 元钱，期限 3 个月，利率 20‰。乙在电话中回答，同意按甲的要求借给，明天来取。乙的答复便是以对话（口头）方式作出的承诺。如果乙在电话中回答：先考虑三天再答复，则属另有约定的承诺期限。

民间借款的承诺也适用书面形式表示，但实践中为数不多。例如，甲在外地经商缺少周转资金，用电报方式向朋友乙发出借款要约，乙接受要约，以书信方式作出答复，同意按甲的要求借给。这便是书面通知形式的承诺。在书面表示形式中，如果要约人在要约中具体规定了要约的存续期间（上述电报中，如果甲要求乙在接电报后十天内予以答复），承诺应当在要约确定的期限内到达要约人；要约没有确定承诺期限的，承诺应在合理期限内到达要约的人。

以行为方式作出承诺。在民间借款活动中，有的不以书面或者口头方式表示承诺，而是以一定的行为来表示承诺。例如，甲在外患病住院治疗缺钱，用电报向朋友发出借款要约：我在×××医院住院，急需借款 5000 元。该朋友考虑甲治病急用钱，既未作口头承诺，也未作书面通知，径直将钱如数汇入甲所住的医院。这种承诺是通过行为以默示方式进行的。

默示承诺方式不同于缄默或不作为。对要约采取缄默或不作为的态度，表明受要约人没有任何承诺意思表示，因此，缄默和不作为不能成为承诺的表示方式。

3. 民间借款承诺的效力

无论是贷款人还是借款人，当其作为受要约人时，作出同意接受要约的全部条件的意思表示，并将承诺通知依法到达要约人，承诺生效，同时，也表明双方当事人的意思表示已经达成一致，合同即告成立。

民间借款合同的成立不一定都等于生效。《合同法》第二百一十条规定："自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效"。前面已经介绍过，民间借款合同多数为实践合同，但也有诺成合同。《合同法》第二百一十条规定的是实践合同。当民间借款合同作为实践合同时，自受要约人承诺生效时成立，但自贷款人提供

借款时生效。如果双方当事人订立的书面借款合同为诺成合同时，合同成立时即生效。

第二节 合同形式

民间借款合同与任何合同一样，是内容和形式的统一体。民间借款的数额、利率、期限等内容，必须有一个载体予以容纳，有一个外部表现形式予以体现，这就是合同的形式问题。《民法通则》第五十六条规定："民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。"《合同法》第十条第一款规定："当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。"从实践情况来看，民间借款合同有书面、口头两种形式。

一、民间借款合同的书面形式

《合同法》第十一条规定："书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。"在民间借款活动中，记载着贷款人、借款人要约、承诺和权利、义务内容的合同书、信件、数据电文等文件，都是借款合同的具体书面形式。从民间借款的现状来看，书面形式主要有以下几种：

1. 借据

民间借款合同的表现形式主要是借款人随手所立的借据，也有称之为"借条"、"欠条"。借据是一种借款合同，记载着借款数额、期限、利率等为主要内容的权利义务关系。当双方当事人就借款问题发生纠纷时，借据便是书面证据。可见，借据在民间借款活动中占据十分重要的位置。借据的产生和发展有着悠久的历

史，至今仍活跃在民间借款活动之中，这是因为借款人随手所立的借据与民间借款的自由、便捷等特征相适应。

虽说借款人可以随手立下借据使借款关系发生，但不是任何内容的借据都有法律上的效力。具有法律效力的借据，除了具备民事行为条件外，在内容上还应当具备特定条件。根据《合同法》有关规定和民间借款特点来分析，依借据记载内容对借据效力的影响，借据内容可分为绝对必要内容和相对必要内容，这两种内容对借据效力产生不同影响。

绝对必要内容，是借据上必须记载的内容，如果缺一项则会使整个借据无效。借据绝对必要内容有借款数额和当事人名称，即合同上的标的物和主体，这是民间借款合同成立有效的特定要件。无金钱数额的借据，就无法确定标的额，缺乏合同成立要件，为无效借据。借据上如无借款人签名或盖章，贷款人虽持有借据，若无其他证据证明谁是特定的借款人，该借据对贷款人指认的借款人无效，即使提起诉讼，人民法院也无法判定谁向贷款人履行还债义务。如果借据上有借款人却无贷款人，又无其他证据证明特定的贷款人，借款合同也难以成立。但是，只要借据确为借款人亲笔所立，便可认定借据持有人为贷款人，不过，借款人有足够证据证明另有特定贷款人，该借据对特有人无效。借据缺上述要件无效并非当然无效，当事人双方一致承认并无异议，或者借款人自动履行义务，则可追认该借据自始有效。从实践情况来看，凡是具有民事行为能力的人都会知道借据不可缺少上述两个内容，问题主要出于借款人在出具借据时的疏忽大意或者故意赖债，这对贷款人是极其不利的，因此，贷款人在接受借据时要认真审查。

相对必要内容，是由当事人自由决定是否记载于借据的内容，若记载便有约定效力，若不记载可依法处理而不影响借据本身效力。借据的相对必要内容主要有：用途、利率、期限等。如果双

方当事人约定记载于借据的，借据上记载的这些内容对借款人就具有约束力；如果不记载，不影响借据上其他内容的效力，有关这些问题可以按照有关法律规定处理。但是，为了避免日后发生借款纠纷，应当提倡将这些内容完整地记载于借据。

从实践情况来看，当事人随手所立的借据多数不规范，不能完整地反映借款合同的内容，不能准确地表达当事人的真实意思。因此，在肯定借据存在的同时，如何规范借据，是民间借款中需要解决的一大问题。

2. 格式条款合同

格式条款，是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。用格式条款订立的合同，我们称之为格式条款合同。格式条款合同是典型的书面合同。

在民间借款活动中，法律许可当事人采用格式条款合同，但实践中很少见。因为，民间借款与银行借款不一样，银行经营金融业务，贷款是其日常工作，使用格式条款合同能够简化贷款缔约程序，提高贷款工作效率；民间借款中的贷款人不是经营金融企业，也不经常出借资金，因而，他们普遍认为没有必要预先拟定格式合同供重复使用。正是这个原因，造成民间借款合同不完善、不规范，由此产生不少纠纷。所以，笔者建议政府或者人民银行统一制定格式合同。目前在无法统一格式合同的情况下，有的民间借款当事人使用格式合同，要注意其背后是否存在非法金融活动。如企业以营利为目的，违法吸收存款，非法发放贷款，就往往使用格式借款合同；也有的自然人以贷款为业，以收高利为目的，经常借入借出，也往往使用格式合同。合法的民间借款使用格式合同涉及有关问题的，按照《合同法》第三十九条、四十条、四十一条的规定处理。

3. 信件及数据电文

随着科学技术的进步，合同的书面形式越来越多，有些当事人利用信件、电报、电传、传真、电子数据交换、电子邮件等进行民间借款活动，当这些文件记载着当事人借款的要约承诺和权利义务等内容，就成为民间借款的书面合同。

二、民间借款合同的口头形式

口头形式指当事人只用语言为意思表示的合同形式。《合同法》第十条第二款规定："法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。"对民间借款而言，法律和行政法规没有规定应当采用书面形式，如果当事人也没有约定采用书面形式，那么，就可以采用口头形式。《合同法》第一百九十七条规定："借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。"这条规定说明，民间借款与银行借款在合同形式上不同，银行借款是一项严肃的金融活动，必须内容明确，责任清楚，因而，法律、法规规定必须采取特定的书面形式订立合同，而不得采取口头形式；民间借款是基于人情关系、地域关系等特定的社会关系而发生的，双方当事人相对地说比较信用，故不少借款合同采用口头形式。

法律允许当事人在民间借款活动中采用口头形式，当事人对民间借款大多也采取口头形式，这都有一定的客观合理的因素，但是，双方当事人一旦发生纠纷，必须举证证明民间借款合同的存在和内容，特别是贷款人，在纠纷中主张债权，要求借款人清偿，根据"谁主张，谁举证"原则，首先要举证证明债权关系和内容，然而，口头合同往往给贷款人带来举证难，且有可能造成败诉的后果。在审判实践中，我们经常遇到，口头合同的借款人实际上借了钱，但对贷款人的主张予以否认，贷款人又无其他证据予以证实，结果，贷款人的诉讼请求因证据不足被驳回，不仅债权不

能实现，反而承担败诉责任。由此可见，民间借款合同要尽可能少用口头形式，而应多用书面形式。

第三节　合同内容

合同的内容，是为合同条款所固定和表现的双方当事人表示一致的内在意思。因双方当事人表示的意思由条款固定和表现，故合同的内容也指合同中的条款。《合同法》第一百九十七条规定："借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款"。这条规定确定了借款合同的内容（包括银行借款合同内容和民间借款合同内容），同时，表明了借款合同的内容在法律文书上表现于条款。下面阐述的各个条款即民间借款合同的内容。

合同条款分主要条款与普通条款，《合同法》第一百九十七条规定的是主要条款，这些主要条款对银行借款合同和民间借款合同都适用。但是，由于民间借款自身特点以及与银行借款的区别所决定，有些条款的适用与银行借款有所不同，也不比银行借款那么严格。下面介绍第一百九十七条规定的具体内容，及其在民间借款中的适用问题。

1．借款种类

借款种类，是按借款方的行业属性、借款用途以及资金来源和运用方式而划分的借款类别。借款种类作为借款合同的主要条款是对银行借款而言的。银行借款合同中的借款种类，按用途可分为工业、农业、基本建设等借款类别，按期限可分为短期、长期等借款类别。银行借款区分类别，有着政策意义，对借款限额、利率、期限都有一定的影响，因此，银行借款合同应当明确借款种类，借款种类是银行借款合同中不可缺少的条款。然而，民间

借款不受借款方的行业属性、运用方式和择优扶持等因素的制约，只要贷款人愿意出借，就不受借款种类的限制和影响，因此，借款种类不是民间借款的主要条款，无此条款完全不影响合同的成立。

2. 币种

币种是货币的种类，如人民币、美元、港币、台币、日元等。根据《审理借贷意见》第二条规定，人民币、外币、台币等都可为民间借款的标的物，因而民间借款涉及币种问题。各种货币的价值都不相同，故民间借款合同应当明确币种，币种是民间借款合同的主要条款。在实践中，因币种发生纠纷的很少见，但实践中难以避免发生。例如：1997 年 5 月间，侨眷陈某借给朋友吴某 500 美元，吴某出具借据言明："因儿子吴×赴美旅游缺资，今借陈××500 元，3 个月后归还。"借款到期后，陈某向吴某催讨，追索 500 元美金，而吴某只承认借人民币 500 元，并愿意归还 500 元人民币。于是双方为币种发生纠纷诉至法院。在一审法院审理期间，陈某因币种举证不能，遂判吴某归还陈某人民币 500 元。陈某不服上诉。二审法院在审理期间，对全案进行综合分析后认为，陈某系侨眷，其妹在美国定居多年，常有美元寄给陈某使用，陈某出借美元有来源；吴某其子赴美并非旅游，而想非法出境，需用美元。因此，此案标的物是美元的可能性很大。吴某其子因偷渡不成回乡，承认其父向陈某借的是美元，并交他使用。于是，二审法院改判吴某归还陈某 500 元美金。判决后，吴某与陈某协商，以外汇调价折合人民币偿还。从此案例中可以看出，如果二审期间没有吴某儿子作证承认借的是美元，一审判定为人民币并无不当，那么，造成陈某损失的主要原因是借据上没有明确币种。

3. 借款用途

借款用途是借款方使用借款的范围和内容。对银行借款来说，

借款用途是必备条款，因为，银行及其他金融机构为了有利保证国家产业政策的实施和国民经济的协调发展，以及保证贷款安全，严格规定了借款用途，并有监督借款使用的权利。在民间借款活动中，大多数借款人为了取得借款，往往主动向贷款人说明借款用途，希望得到贷款人的理解和支持；贷款人在出借前，为了保证借款安全，也往往问清借款用途。这些情况下的借款用途问题，是当事人是否考虑借款的条件问题。但是，没有约定用途的民间借款合同成立生效后，不影响合同的效力和合同规定的权利义务关系。但是，借款人与贷款人已经明确约定借款用途，而借款人不按约定用途使用借款，则构成违约，应当承担违约责任。在实践中，也出现有的借款人虚构借款用途骗取借款的情况，如借款人为了还赌债，却以生活困难为由向贷款人借款，对此类情况，贷款人可以按照《合同法》第五十二条第（一）项的规定，主张借款合同无效。

4. 借款数额

借款数额是借款的多少数量。借款数额是任何借款合同的必备条款，不论银行借款合同，还是民间借款合同，都必须有具体的明确的数额。没有数额的借款合同，双方当事人的权利义务大小无法确定，借款合同不能成立。

民间借款不仅要有明确、具体的货币数额，而且在合同上应当使用大写。从实践来看，民间借款合同大多以借据形式出现，借款人取款后，往往随手立借据交给贷款人，自己很少留底。在这种情况下，如果不使用大写，而使用阿拉伯字小写，就容易发生借款数额纠纷。如借款人只向贷款人借取1000元人民币，借款人在出具借据时仅使用小写，贷款人有意耍赖，在“1000”前面加“1”，借款数额便成了11000元。到时候因此发生纠纷诉至法院，借款人往往吃亏，原因是：①借据在贷款人手中，贷款人举证充

足、有力；借款人提出借款数额比贷款人所诉的少，但手中无证据，往往举证不能，而法院审理案件是重证据的。②阿拉伯字小写有时难以鉴定是后来补上或者是改动的。如果在借据上使用汉字大写，就难以补上或改动，若有补或改的情况也容易鉴定。因此，为了避免日后借款数额纠纷，借款人在出具借据时，应当既写明小写数额，又写明大写数额，且两者数额相一致。

5. 贷款利率

利率是一定时间借款的利息与本金的比率。对银行借款来说，利率不仅是主要条款，而且是必备条款。对企业化、商业化的金融机构来说，利润是其生存发展之本，而利润主要来源于利息，利率是计算利息的方法。对民间借款来说，利率不一定是必备条款。有些民间借款不要利息或者没有约定利息，这就不需要利率条款。无息民间借款合同没有利率条款也能成立生效。有些民间借款虽未规定利率，但在合同中约定具体数额的利息，也应视同有利率条款。如果双方当事人已约定利率（包括利息数额），就应当在合同中作为一条款记载下来。如果民间借款对利息没有约定或者约定不明确，不影响合同成立生效，则应当按照《合同法》第六十一条、第二百一十一条和《审理借贷意见》第八条、第九条规定处理。关于民间借款利息的具体问题在后面专题阐述。

6. 借款期限

借款期限，是指合同中约定的借款使用时间。按照《商业银行法》、《贷款通则》的规定，银行借款必须有期限，借款期限是银行借款的必备条款。民间借款的期限不是合同的必备条款，双方当事人没有约定或者约定不明确，不影响合同成立有效，而可以适用《合同法》第六十一条和第六十二条第（四）项的规定处理。关于民间借款期限的具体问题在下节作详细阐述。

7. 还款方式

还款方式，是借款人归还借款的结算方式。民间借款的还款方式由双方当事人自由约定，可以约定一次还款，也可以约定分多次还款，还可以约定其他还款方式。双方当事人对还款方式没有约定或者约定不明确的，不影响合同的成立生效，应按《合同法》第六十一条规定处理。按照该条规定不能达成补充协议的，应当认定以现金一次性还款。

主要条款是借款合同必须具备的条款，借款合同缺少其主要条款就不能成立。《合同法》第一百九十七条规定的条款，《商业银行法》和《贷款通则》也都有规定，所以，对银行借款合同来说是必备的主要条款。但是，对民间借款来说，因双方当事人可以自由约定，除借款数额和当事人为必备条款外，其他条款不是必备条款，民间借款缺少其他条款不影响合同成立，双方当事人就其他条款没有约定或者约定不明确而发生争议的，可以适用《合同法》、《审理借贷意见》的有关规定进行处理。

据上所述，我们认为，第一百九十七条第二款规定的条款对民间借款来说是倡导性条款。尽管借款币种、用途、利率、期限等没有约定或约定不明确可以适用有关法律和司法解释予以处理，为了防止纠纷发生，我们也应提倡双方当事人在借款时要尽可能明确各个条款，并留有文字为凭。

第四节　借款期限

上面已经介绍过，民间借款期限，可由双方当事人明确约定，不约定也不影响合同成立生效，但是，期限毕竟是民间借款中的一个重要问题，故作专题阐述。

一、实践中有关期限的三种表现情况

法律没有要求民间借款必须有期限，更没有规定期限的长短，因而，民间借款在期限问题上是很自由的，双方当事人可以约定期限，也可以不约定期限。从实践来看，民间借款的期限有以下几种表现情况：

1. 明确约定期限

贷款人与借款人各自根据自己的需要和实际情况，明确约定借款的使用时间，并在合同中明确规定，这是一种规范的做法，应当提倡。期限的表示有日、月、年，借款使用多少日、多少月、多少年，完全由双方当事人协商一致决定。不少民间借款合同没有写明或说明期限始日，这不妨碍始日的认定，期限的始日通常为借款交付给借款人之日。有明确期限的，都可以按约定计算期限终日，如交付借款之日是1998年1月1日，合同约定借款期限为六个月，那么1998年6月30日是期限终日，即借款人还款付息之日。过了期限终日，贷款人便享有两个权利，即催讨权和起诉权。民间借款明确约定借款期限，有利于借款人有计划地使用借款和准备还款，对贷款人来说有利于按时实现债权。

2. 没有约定期限

没有约定期限有两种情况：一是双方当事人明确不约定期限。如借款人向贷款人借款时，问贷款人可以借用多少时间，贷款人表示不用约定借用多长时间，需要归还时再告诉借款人，其意思是期限问题留在日后确定，这是明确不约定期限；二是没有约定期限，双方当事人在发生民间借款时，特别是在协商借款时，没有提及期限问题，没有就期限问题进行协商，结果在合同中没有借款期限条款，期限处于待定状态。对民间借款合同来说，明确不约定期限或者没有约定期限，都不影响合同成立生效。

3. 约定期限不明确

民间借款不像银行借款那么规范，在期限上也往往出现不明确状态，特别是口头合同，双方当事人都承认有期限，但对期限长短说法不一致，一方说长，另一方说短，又无其他证据证明其中哪一方的主张属实，于是，造成约定期限不明确。

二、处理期限问题的法律适用

民间借款合同已经明确约定期限的，就期限问题不会产生争议。如果没有约定或约定不明确，就有可能发生期限争议和如何确认还款期限问题。处理这个问题，主要适用《合同法》第二百零六条的规定。该条规定："借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。"适用这条规定时要注意以下四个问题：

一是协商补充不是处理期限问题的必经程序。

有些人认为，《合同法》第二百零六条把"依照本法第六十一条的规定仍不能确定的"摆在前面，是作为"借款人可以随时返还，贷款人可以催告借款人在合理期限内返还"的前置条件，因而，第六十一条的协议补充是借款人随时返还、贷款人催告的前置的必经程序，双方当事人未进行协议补充程序，贷款人不得随时催讨。从没有约定或者约定不明确使期限处于待定状态来看，进行协议补充是有一定道理的，且实践中大都进行协议补充。但我们认为不是前置的必经程序：从法条来分析，《合同法》第六十一条规定的是"可以协议补充"，并非"应当协议补充"；从实践看，贷款人或借款人不与对方就期限问题进行补充协议，补充协议就无法进行，特别是不少借款人为了逃避债务，离开住所，避开债权人，使债权人无法找到其下落，在这种情况下，将协议补充作

为前置的必经程序，债权人的债权就难以实现，甚至无法实现。当然，我们说协议补充期限不是前置的必经程序，并非排除协议补充，双方当事人就借款期限达成补充协议，有利于民间借款的义务履行和权利实现，也便于民间借款纠纷诉讼。

二是贷款人可以催告并给借款人一个合理期限。

对没有约定期限或者期限约定不明确，如果作为无期限认定，借款人就可以永远不用履行还款义务了，因此，在这种情况下必须确定借款人的履行期限。《合同法》第二百零六条规定，贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

这里用了两个词要引起注意，即“催告”和“可以”。“催告”的意思是贷款人告知借款人赶快还本付息，它不同于现实生活中的“催讨”，“催讨”是贷款人直接向借款人主张还本付息的权利。“可以”不是“应当”，不催告而直接向借款人主张权利也可以。如果行使催告权，则应当给予一个合理期限。什么是“合理期限”？通常是指贷款人给予借款人足以充分、完全地履行还款义务的时间。至于“合理期限”是几天、几个月，法律没有量的规定，由贷款人以公平和诚实信用为原则，凭主观意志决定，借款人不能认为贷款人决定的期限不符合客观实际，以不合理来对抗债权人决定的期限，而只能与贷款人协商延长还款期限，因为，有些借款人可能一年二年，甚至更长的时间没有还款能力，如果把合理期限与借款人有履行还款能力等同起来，就不利于对债权人的合法权益的保护。

三是催告能够产生法律后果。

在借款期限没有约定或者约定不明确的情况下，贷款人按照第六十一条的规定行使催告权，能够产生以下两个法律后果：

1. 借款使用期限届满。民间借款没有约定期限或者期限约定不明确，双方当事人又不能补充协议确定期限，在这种情况下，借

款的使用期限应当由贷款人决定，因此，当贷款人提出催告时，就意味着要收回借款，这对借款人来说，借款使用期限已满，开始负有归还借款本金并支付利息的义务。

2. 还款付息履行期开始。履行期限与借款期限不同，借款期限对借款人来说是指使用期限，履行期限是指债务人向债权人履行义务和债权人接受债务人履行的时间。贷款人（债权人）依法行使催告权所决定的合理期限，通常是从催告之日起到合理期限届满日。《合同法》第二百零六条的“合理期限”，实际上是借款人（债务人）的履行期限。在这段时间内，借款人履行还款付息义务没有违约。

四是借款人履行义务之日应认为借款到期。

民间借款期限在没有约定或者约定不明确，贷款人又没有行使催告权的情况下，借款人可以随时还款付息，这时，借款使用期限不由贷款人决定，而由借款人以还款付息行为决定。借款人在这种情况下还款付息，应当被认为借款期限自然届满，贷款人应当接受。如果贷款人不接受，则不能认为借款人违约。因为，这种情况下借款人依约还本付息不损害贷款人的利益。即使已明确约定还款期限，借款人提前还本付息，法律也予准许，且利息还要按照实际借款的期间计算。

三、借款期限与诉讼时效的关系

借款期限与诉讼时效是两个完全不同的概念，但两者有着一定的关系。这个关系主要是借款期限届满与诉讼时效开始计算的关系，分两种情况：一是民间借款有明确约定期限的，期限届满之次日，只要借款人没有全部履行还本付息义务，贷款人就可以行使起诉权，向人民法院提起请求借款人还本付息的诉讼，诉讼时效就从借款期限届满之次日起计算；二是民间借款的期限没有

约定或者约定不明确的，视贷款人行使催告权还是行使催讨权而分为两种情况：贷款人行使催告权并给予合理期限的，诉讼时效应当在合理期限届满之次日起计算；贷款人不行使催告权，而直接主张还款付息权利的（即催讨），主张权利之日视为借款期限届满之日，诉讼时效从主张权利之次日起计算，如果在诉讼时效内贷款人再次主张权利的，适用《贯彻民法通则意见》第173条的规定，认定诉讼时效中断。

第五节　成立和生效

一、成立与生效的区别

首先分析合同成立与合同生效的区别，然后，根据这些区别再分析民间借款合同的成立和生效问题。

合同成立，是指订立合同的双方当事人意思表示达成一致。意思表示达成一致，即受要约人同意接受要约的全部条件——承诺。《合同法》第二十五条规定："承诺生效时合同成立"。合同成立与合同生效有一定的联系，如合同成立是合同生效的基础，合同尚未成立谈不上合同生效问题，同时，合同生效是对合同成立在法律上的进一步肯定。但是，合同成立与合同生效是两个完全不同的概念，合同成立不必然意味合同生效。合同从成立到生效还受下列因素影响：

（1）在意思表示上的"真实"。双方当事人在外在形式上要约与承诺相一致，合同既告成立，不问意思表示是否真实，而合同生效。根据《民法通则》第五十五条第（二）项的规定，当事人不仅意思表示一致，而且要求意思表示真实。这就是说，意思表示一致使合同成立，但不一定使合同生效，合同生效必须意思表

示真实。

（2）在合同形式上的“要式”。如果是要式合同，就必须采用法律规定的形式才能生效，否则，即使合同已经成立也不能生效。

（3）在附条件上的“条件”。附条件、附期限的合同，在合同成立时尚未生效，只有条件成就时或者期限届至时才能生效。

二、民间借款合同的成立与生效问题

《合同法》第二百一十条规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效”。这里的“自然人之间的借款合同”是指民间借款合同。

1. 实践合同的成立和生效

民间借款合同如果采用口头形式，按照《合同法》第二百一十条规定，自贷款人提供借款时生效。这条规定明确了民间借款口头合同为实践合同。实践合同是指除当事人意思表示外，还必须实际交付标的物方能生效的合同。民间借款实践合同当事人只就主要条款达成协议，合同并不生效，只有交付借款后才能生效。

这里有一个问题值得探讨，即贷款人口头答应贷款，口头合同是否成立问题，例如，借款人向贷款人提出借款要求，贷款人口头答应借给一定数额、利率、期限的借款，合同未生效，但是否成立？有一种观点认为，贷款人口头答应借款，只能作为预约看待，不能视为承诺使合同成立。我们认为口头合同成立，理由是：贷款人口头答应借款人提出的全部借款要求，即构成承诺，当这种承诺生效时，口头合同成立。当然，合同成立并不必然生效，只有贷款人交付借款时，口头合同才生效。

从实践来看，口头答应与提供借款，有的是即时进行的，即贷款人口头答应后当场提供借款；有的提供借款迟于口头答应，即口头答应后过一段时间才提供借款；有的贷款人口头答应后又反

悔，不再提供借款，致使已成立的口头合同不能生效。

借款人口头答应借款后，迟延提供借款或者不提供借款，都有可能造成借款人的财产损失。例如，借款人承包果园并购苗木缺少部分资金向贷款人提出借款5万元，月息15‰，两个月内取款，贷款人答应了借款人的要求，于是，借款人与发包人签订了承包合同，并支付了承包款。约定提供借款期限届满后，借款人未能提供借款，致使借款人无钱购买苗木误了季节，并造成承包款的损失。对此，借款人是否承担责任，承担什么责任？对这个问题，有三种不同意见：第一种意见认为借款人不承担任何责任，理由是：借款人应当知道民间借款口头合同是实践合同，贷款人口头答应仅是预约，借款人在未取得借款前安排生产、生活是不妥的，由此造成的损失由借款人自己承担，如果让贷款人承担则无法律依据；第二种意见认为可参照《合同法》第二百零一条规定承担违约责任，理由是贷款人答应借款，合同虽未生效但已成立，此时，贷款人未按约提供贷款，造成借款人损失，应当承担赔偿责任；第三种意见认为应当按照《合同法》第四十二条第（三）项的规定，承担缔约过失责任，即当事人在订立合同过程中"有其他违背诚实信用原则的行为"给对方造成损失的，应当承担赔偿责任。我们倾向第三种意见。

2. 诺成合同的成立和生效

诺成民间借款合同，是指借款人与贷款人就借款一事意思表示一致即可成立生效的合同。诺成合同中的借款交付不是合同生效条件，而是诺成合同生效后贷款人履行合同的行为，即贷款人按照合同约定的数额和期限向借款人交付借款，因此，诺成合同自贷款人和借款人就借款的主要条款协议达成一致时成立并生效。民间借款的诺成合同通常采用书面形式并为有息合同。

除附生效条件和附生效期限外，诺成民间借款合同的成立与

生效是同一时间的，即合同成立时就生效。《合同法》第四十四条第二款规定："法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。"依照这条规定，合同成立时并不立即生效，只有依法办理批准、登记等手续后才能生效。但是，尚无法律、行政法规规定民间借款合同应当办理批准、登记手续，因而，诺成民间借款合同成立后即生效。

三、法律效力的具体表现

民间借款合同所发生的法律效力具体表现在以下几个方面：

1. 当事人的借款权利和借款义务产生

民间借款合同一旦成立生效，当事人所预期的借款权利和借款义务产生，当事人必须遵守诚实信用原则，正确行使权利，完全履行义务。诺成合同中的借款人应当按约定的日期和数额将借款交付给借款人；借款人应当按约定的期限偿还本金；对有息借款，应当在偿还本金的同时按约支付利息。

2. 当事人违反合同约定承担违约责任

诺成合同中的贷款人不按约交付借款，借款人不按约收取借款，按照《合同法》第二百零一条规定承担违约责任；借款人未按约返还借款的，按照《合同法》第二百零七条的规定承担违约责任。

3. 第三人不得侵害

民间借款合同生效后，对合同以外的第三人也产生拘束力，任何单位或个人都不得侵害贷款人的权利，都不得反对借款人履行义务。

第六节　附条件和附期限

在一般情况下，民间借款为实践合同时，合同自贷款人提供借款时生效；为诺成合同时，自合同签订时生效。但当民间借款合同有附效力条件或者附效力期限时，合同成立后是否生效或失效，要视所附条件或者所附期限来决定。

一、附效力条件

《合同法》第四十五条规定："当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。"这是一条关于附条件合同效力的规定，同样适用民间借款合同。

（一）附效力条件含义和特点

民间借款合同的附效力条件，是指贷款人和借款人约定的，未来可能发生的，用来限制借款合同效力的某种合法事实。附效力条件对民间借款合同来说，具有以下几个特点：

1. 约定性

附效力条件不是法定条件，而是法定条件以外的，由贷款人与借款人约定的条件，并作为合同的一项内容确定下来。法定条件具有普遍的约束力，不由当事人约定取舍，因而，不能以法定条件作为民间借款合同的附条件。附效力条件是双方当事人特别约定的，不具有普遍约束力，只对本合同有约束力。

2. 不确定性

合同所附的条件是将来可能发生也可能不发生的事实，具有不确定性；过去或者现存的事实和将来必定发生或必定不能发生的事实，不能作为合同的附条件。例如，借款人准备办一个面粉

加工厂缺少流动资金，向贷款人提出借款，贷款人同意借款，且双方就借款数额、利率、期限都已谈妥，但贷款人担心借款人将借款挪作他用，便提出等到借款人把厂办成功再付给借款用于流动资金。这里的“把厂办成功”不是过去的或现存的事实，也不是法定条件，而是双方当事人约定的将来可能办成也可能办不成的不确定性事实，故可作民间借款合同的附条件。

3. 附属性

附条件是附随合同内容的条款，是用来限制合同法律效力的意思表示。借款数额、借款利息、借款期限等是合同的主要内容，而所附条件不是合同的主要内容，而是附属于主要内容的内容。如上例的“把厂办成功”就是借款合同的附属内容，即附属条款。民间借款合同没有主要内容不能成立，但有主要内容无附属条款照样成立。

4. 合法性

合同所附的条件必须是合法的事实，违法的事实不能作为合同的附条件。例如，双方当事人就借款的主要内容协商一致后，贷款人提出需向他人讨回赌债后再提供借款。“向他人讨回赌债”这一所附条件，虽然符合约定性、不确定性、附属性这三个特征，但是，拿赌债出借和向他人讨回赌债则是违法行为，故不可作为民间借款合同的附条件。

（二）附效力条件的分类

民间借款合同所附的效力条件与其他合同所附的条件一样，可分为生效条件和解除条件，下面分别作些介绍：

1. 附生效条件

附生效条件是指当事人约定的决定合同生效或不生效的条件。合同所附的条件虽然是合同的附属内容，但它对合同的效力起着决定性作用。《合同法》第四十五条规定：“附生效条件的合

同，自条件成就时生效”。据此规定，附生效条件的合同是否生效分三种情况：①在生效条件成就之前，合同的效力处于待定状态；②生效条件一旦成就，合同即产生法律效力；③生效条件届时没有出现，合同不生效。以上例中“把厂办成功”作为借款合同生效条件的话，那么，借款人开始办厂或者正在筹建，该借款合同的效力处于不确定状态；当借款人把厂办成开始生产，借款合同生效，贷款人应当按照合同的约定提供借款，否则属违约行为，承担违约责任；借款人未把厂办成，该借款合同不发生法律效力，贷款人不承担提供借款义务，借款人也无权取得借款。

2. 附解除条件

附解除条件又称失效条件，是指当事人约定的消灭合同效力的条件。《合同法》第四十五条规定：“附解除条件的合同，自条件成就时失效”。其基本含义是：已经依法成立的合同，当约定的解除条件成就时，该合同的效力归于消灭，若解除条件不出现或不成就，该合同仍保持其效力。对民间借款而言，附解除条件通常出现于诺成合同。民间借款的诺成合同不等贷款人提供借款，合同成立时即生效。诺成合同约定解除条件的，解除条件成就时合同失效。例如，贷款人在订立合同时手头无钱可供出借，但对第三人有债权，只有从第三人处收回资金后才有条件出借，当借款人向其借款时，贷款人同意借款，双方就数额、期限、利息等协商一致并订立了书面合同，但贷款人提出，如果不能从第三人处收回资金，所签订的合同失效，借款人同意，并记入合同。此例中的“如果不能从第三人处收回资金”就是解除条件。当这一解除条件出现时，该生效合同的效力归于消灭，贷款人不负担提供借款义务，借款人也不享有收取借款权利。如果贷款人已经从第三人处收回资金，该合同仍有效力，贷款人在这种情况下不提供借款则属违约行为，承担违约责任。

（三）期待期间的法律拘束力

民间借款合同经双方当事人协商一致成立后，其所附条件尚未成就或者尚未出现前，在这段时间内，合同的生效或者失效处于期待期间，但对贷款人和借款人仍然具有法律拘束力，主要表现为双方当事人未经协商一致，任何一方不得随意变更合同内容，不得单方解除合同；如果单方变更或解除，则依法承担民事责任。在合同生效或失效尚未确定期间，当事人有一个期待权。附生效条件合同的当事人，在生效条件尚未成就前，对该合同的生效有期待权，且其期待权不容非法侵害，因此，任何一方都不得自行撤销、变更合同的拘束力，使对方丧失期待权。附解除条件合同的当事人，在解除条件尚未成就前，也有一个期待权，只不过是使合同效力归于消灭的期待权。

（四）不正当阻止或促成条件成就的处理

在实践中，有些当事人在附条件民间借款合同成立后，违背诚实信用原则，如贷款人不想提供借款，如借款人想要早日取得借款，都有可能发生不正当地阻止或者促成条件成就的情况，从而使对方的利益受到损害。例如，借款人盖房购买红砖缺钱向贷款人借款，双方在约定贷款数额、利息、期限的同时，贷款人为了甲某的利益提出，只要借款人向甲某购得红砖后才按约出借，后因有第三人向贷款人借款且利息高于借款人的利息，贷款人毁约，给甲施加压力，甲不敢将红砖卖给借款人，贷款人又以借款人未向甲购得红砖为由不提供借款。这就是贷款人为了自己的利益不正当地阻止条件成就，在这种情况下，按照《合同法》第四十五条第二款的规定，视为条件已成就，贷款人应当提供借款，否则属违约行为，承担违约责任。在上例中，如果甲考虑把红砖买给借款人不合算而不卖给借款人，而借款人为了取得贷款人的借款，强迫甲把红砖卖给自己，使甲的利益受损，违背了贷款人为了甲

的利益而出借的意思表示。借款人强迫甲把红砖卖给自己的行为，就是不正当地促成条件成就，应依法视为条件不成就，贷款人可不提供借款。

二、附效力期限

《合同法》第四十六条规定："当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。"这是一条关于附效力期限的规定，也适用民间借款合同。

（一）附效力期限的概念和分类

附效力期限，是指双方当事人约定的将来确定到来的使合同生效或者终止的时间。根据上条规定，贷款人与借款人在订立民间借款合同时可以约定制约合同效力的附期限。民间借款合同的附期限与其他合同的附期限一样，可分为附生效期限和附终止期限两种。

附生效期限是双方当事人约定的使已经成立的合同发生法律效力的时间。附生效期限的作用与附生效条件的作用基本相同，旨在延缓合同效力的发生。例如，贷款人与借款人约定，借款5万元，月息10‰，使用期6个月，自约定之日起一个月提供借款。从这个例子来分析，"自约定之日起一个月"是民间借款合同的附期限，在这个期限到来之前，该合同的效力处于停止状态；这个期限到来时，该合同才发生法律效力，贷款人负有提供借款义务，否则承担违约责任。

附终止期限是双方当事人约定的使已经成立的合同的效力归于消灭的时间。民间借款合同的贷款人与借款人约定附终止期限，主要是使已经成立的合同失去法律效力。例如，借款人一个月后用钱，现与贷款人约定，借款3万元，月息15‰，使用期限6个

月，如果借款人一个月内不取款就不借款。此例中的“借款人一个月内不取款就不借款”是附终止期限，当借款人一个月内真的未向贷款人取款，此合同失去法律效力。

（二）附期限与附条件及借款期限的区别

附期限实质上也是附条件，因而，民间借款合同中附期限的特征与附条件大致上是相同的，即具有约定性、附属性、合法性等，但是，附条件与附期限是有区别的，主要区别在于是可否预见和是否确定问题。合同所附的条件是否成就是不确定的，不能预见的，可能成就或者出现，也可能不成就或者不出现。合同所附的期限是时间问题，时间的到来是当事人能够预见的，必定发生的，如上述两个例子中“一个月”时间是一定会到来的，这一点与附条件是不同的。

附期限与借款期限也是不同的。虽然这两种期限都是双方当事人约定的必定发生的时间，但是，借款期限是借款人使用借款期限（如上两例中的“六个月”），即使借款人到期未归还借款，也不会使合同失去效力，而附期限决定合同生效或失效。附生效期限是合同成立到合同生效这段时间；附终止期限是合同成立到终止期限届满这段时间，附终止期限届满失去的是合同成立的效力，并不指贷款人提供借款后的合同的效力。没有附终止期间的诺成合同和已提供借款的实践合同不存在附终止期间问题，也不存在借款期限与附终止期限混同而涉及生效和失效问题。

（三）附期限与违约责任关系

在通常情况下，民间借款合同依法成立后即具有法律拘束力，如果当事人违背诚实信用原则不履行合同义务，损害对方利益的，一般都要承担民事责任。但是，当民间借款合同附期限时，情况就有所不同。附生效期限的，期限届满，当事人不履行义务的，承担违约责任；附终止期限的不论期限是否届满，当事人都不必履

行合同义务，故不承担违约责任。

三、附条件与附期限的混合

这种混合是双方当事人约定将附条件和附期限混合在一起作为合同生效或失效的条件。如双方当事人约定，借款人在三个月内把厂办成功，贷款人才提供借款，否则，贷款人不提供借款。在附条件与附期限的混合中，借款合同所附的条件成就，同时在所附期限内，该合同才生效。

第七节　无效民间借款合同及其法律后果

一、无效民间借款合同的基本含义

民间借款合同视其是否具备法定条件，可分为有效和无效两种情况。如果某一具体的民间借款合同具备法定条件，则为有效合同，贷款人和借款人都必须严格地按照法律的规定和合同的约定享有权利和承担义务，故可发生当事人预期的法律后果；如果某一具体民间借款合同不具备法定条件，则为无效合同，贷款人和借款人不得实际履行合同，故预期法律后果不能发生。由此可见，无效民间借款合同是相对有效民间借款合同而言的，是指不符合法定条件而成立的，不能发生贷款人和借款人预期法律后果的合同。

从这个概念中可以看出，无效民间借款合同有三个基本条件构成：

一是贷款人与借款人订立的民间借款合同不符合法定条件。如借款人与无民事行为能力人订立借款合同，因不符合民事行为能力的法定条件而无效。

二是不能发生贷款人和借款人预期的法律后果。民间借款当事人的预期法律后果，对贷款人来说是出借资金，到期收回本金并取得利息；对借款人来说是取得借款，到期还本付息。如果当事人订立的借款合同能够发生预期的法律后果，则肯定符合法定条件为有效合同；如果合同无效，则不发生上述法律后果。

三是民间借款合同只能在合同已经成立的基础上确认无效。当事人的行为不具备合同成立条件，合同尚未成立，就谈不上有效或无效问题。

二、无效民间借款合同的法律特征

无效民间借款合同具有以下 4 个法律特征：

1. 行为违法

民间借款合同是民间借款当事人的行为表现，合法的民间借款行为所订立的合同为有效合同。违法的民间借款行为所订立的合同属于无效合同。有些民间借款合同尽管是贷款人与借款人意思表示真实一致而形成的合同，但若违反了法律规定和社会公共利益，也为无效合同。对无效合同不管当事人是否主张有效，因其不符合国家意志而不能发生法律效力。

2. 不得履行

违法行为所订立的民间借款合同，合同所约定的借款权利义务关系没有法律约束力，合同订立后不得按照合同约定实际履行，也不承担违约责任，诺成民间借款合同无效，贷款人不得向借款人提供借款。如果承认无效民间借款合同可以实际履行，就等于允许当事人实施违法借款行为。如贷款人明知借款人借款用于赌博而与之订立借款合同，如果允许贷款人向借款人提供借款，等于支持了赌博行为。实践民间借款合同无效，即使贷款人提供了借款，借款人也不得按约履行义务，而应视违法行为的具体情况

进行处理，有的可返还本金，有的可没收，有的可赔偿。

3. 自始无效

无效民间借款合同由于违反了法律和行政法规的强制性规定和社会公共利益，在本质上违法，因而自合同订立之时就处于无效状态。也有一部分民间贷款合同在订立后一段时间内其效力处于待定状态，如限制民事行为能力人、无代理权行为人所订立的民间借款合同，可经法定代理人或者被代理人追认后生效，但是，无论什么样的无效民间借款合同，一旦被确认无效后，都溯及到订立之时起无效。

4. 当然无效

除可追认生效的以外，无效合同为当然无效，不由当事人主张有效或无效，一经人民法院审理即可认定无效。

三、无效民间借款合同的情形

根据《合同法》第五十二条规定，导致民间借款合同无效的情形有以下五种：

1. 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益

在民间借款活动中，贷款人采取欺诈、胁迫的手段出借金钱的情况较为少见，借款人为了取得借款而采取欺诈、胁迫手段迫使贷款人借给的情况较为多见。但是，无论哪一方当事人采取欺诈、胁迫的手段迫使对方接受自己的条件而订立民间借款合同，都会损害对方当事人的利益，而且会危害民间资金融通秩序，因而，应当确定这类合同无效，如有必要则可对这种行为人予以民事制裁。

欺诈合同，是指一方当事人隐瞒真实情况或者制造虚假情况骗取对方作出错误的意思表示而与之签订的合同。例如，张某贩毒缺少本钱，谎称妻子生病缺钱治疗，向李某借款。李某出于同

情，无息借给 1.5 万元，后因张某贩毒被捕才暴露诈骗借款行为。从上述概念和例子中可以看出，欺诈有以下几个条件构成：①一方当事人故意。在通常情况下，贷款人和借款人双方不可能故意串通损害对方的利益，除非损害他人的利益。过失不能认为是欺诈，如一方当事人对事情认识错误，而向对方说明的情况不符合客观事实，这不是欺诈行为。②欺诈行为已经实施。一方当事人仅有欺诈心理而未表现于外部，不可能与对方订立借款合同，只有欺诈行为已经实施（包括口头行为），才有可能骗取对方与之订立借款合同。③欺诈行为已经造成损害对方利益的后果，即一方当事人实施欺诈行为与对方已经订立诺成借款合同或者骗取对方提供了借款。如果对方未曾上当受骗而未与其订立借款合同或者未提供借款，就不构成欺诈。

胁迫合同，是指一方当事人以损害对方利益为目的而采取相威胁手段，迫使对方产生恐惧心理而与之订立的合同。例如，弟向哥借款，哥不借，弟说不借就把侄子打死，因为弟确是遐迩闻名的六亲不认的恶棍，哥迫于无奈便借给一笔钱。在现实生活中，胁迫表现形式多种多样：如威胁对方生命安全、身体健康；又如扬言损毁对方财产，损坏对方声誉；再如揭发对方隐私等。在采取这些手段的情况下，迫使对方与之订立民间借款合同，该合同当然无效。双方当事人意思表示真实是合同有效的必备条件之一，而采取欺诈、胁迫的手段迫使对方与之订立借款合同，属对方意思表示不真实的合同，故此类合同缺乏有效条件。对此类民间借款合同，受害方可以请求人民法院撤销，若未请求撤销，但已诉至人民法院的，人民法院经审理查明确有欺诈、胁迫手段的，应当确认合同无效。

2. 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益

双方当事人非法勾结，为自己或者他人牟取私利，共同损害

国家、集体或者第三人的利益而订立借款合同，是恶意串通的违法行为。恶意串通行为对民间资金正常融通，对国家、集体和公民财产安全，构成很大的危害，故此类民间借款合同为无效合同。

恶意串通进行民间借款活动，损害国家、集体利益，在通常情况下应当具备三个基本条件：①双方当事人在主观上具有违法故意；②双方当事人串通并已经实施串通行为；③目的是为了获得非法利益，这个条件不以行为人已经或者必然取得非法利益来限制，只要恶意串通订立借款合同危及国家、集体或者第三人利益即可认定无效。

3. 以合法形式掩盖非法目的

行为人实施这种行为订立民间借款合同，是以达到非法目的，以迂回为方法，避开了法律、行政法规的强制性规定而订立的合同。这种合同在行为外表上是合法的，而在目的和内容上却是违法的，因而为无效合同。例如，贷款人负有债务已经法院判决并进入执行程序，而贷款人为了逃避债务，将现金出借给他人。从此例来看，后来发生的民间借款行为在外表形式上是合法的，但从内容上看，这笔借款应当用于还债而不得出借，而贷款人为了逃避债务，企图使其债权人的债权得不到实现。

4. 损害公共利益

损害公共利益的合同是违反社会公共秩序、善良风俗的合同。这类合同违反了人们的共同利益，破坏了社会主义的公共道德，当为无效合同。损害公共利益的民间借款合同常见的有高利贷、复利等借款合同。有的民间借款合同所附条件违反公共道德，如甲与乙的妻子有暧昧关系，乙向甲借款时，甲以明示或者暗示的方式向乙提出，如果乙允许甲与其的妻子保持暧昧关系才出借，不论乙明确表示同意或者默认，都是该借款合同的附条件，但这个条件是违反公共道德的，因而该合同是无效的。

5. 违反法律、行政法规的强制性规定

这里的法律是指全国人大及其常委会颁布的法律，行政法规是指国务院颁布的行政法规，不包括规章和地方性行政法规。

这里有两个问题需要注意：

一是确认这类合同无效不以故意为条件。当事人违反法律、行政法规的强制性规定而订立的民间借款合同，通常情况下在主观上都具有故意，如贷款人和借款人订立以提供赌资为内容的民间借款合同，因人人皆知赌博是违法的，故为故意行为。但是，当事人主观上出于过失而违反法律、行政法规的强制性规定，也不能认定因此订立的合同有效。如订立合同时，当事人不知道合同的内容是为法律、行政法规所禁止的，也不能因当事人不懂法而放纵违法行为确认合同有效，即过失违法合同亦为无效合同。如贷款人与借款人在订立借款合同时不知银行利率已经下调降低，约定的利率超过银行同期同类贷款利率的 4 倍，即超过法定最高限度，对此不能因当事人不知而认定为有效，该利率条款因违法仍为无效。

二是违反法律、行政法规的强制性规定的无效合同还有量上违法和质上违法之分。区别量上和质上的违法，对借款合同全部无效还是部分无效有着重要的意义。

在无效民间借款合同中，量上的违法主要表现在借款数额和借款利率高低上的违法。借款数额上的违法并不是指借多少钱合法、借多少钱违法，法律没有限制民间借款的上下限数额的规定，也就是说借出多少和借入多少都不违法。但是，民间借款有时也表现为量上的违法，例如，贷款人为了逃避 1 万元债务，而将 2 万元现金出借，那么，这个借款合同不是全部无效，而是部分无效，即在量上有 1 万元无效，而另 1 万元有效。借款利率在量上的违法主要是当事人约定的利率超过法定最高限度，超过部分无效，而

法定限度内仍为有效。

质上的违法，是民间借款合同的内容在性质上根本违反了法律的规定，如贷款人和借款人明确约定借钱作为赌博、贩毒的资本等，质上的违法通常会使借款合同全部无效。

除上述 5 种情形外，因当事人不具有相应的民事行为能力、意思表示不真实、无权代理等不符合《民法通则》规定条件的民事行为，均有可能导致民间借款合同无效，对这些问题前面已经阐明，这里不再赘述。

四、无效民间借款合同的法律后果

无效合同自始没有法律效力，但因订立和履行无效合同也会给社会或者当事人的利益造成损害，故当事人必须对这种后果承担责任，使之消除由此造成的影响，恢复到合同订立前的状态。因民间借款是以金钱为内容的，在无效合同法律责任的承担上适用返还借款、赔偿损失等方式。

返还借款。按照《民法通则》规定，无效合同中已经取得财产的一方当事人应当向对方返还财产。无效民间借款合同只涉及借款问题，故只能返还借款，不存在返还其他财产问题。按照法律要求，无效民间借款合同不得履行，但已经履行的，取得借款的一方当事人应当返还借款。返还借款的责任只能由借款人承担，不存在贷款人向借款人返还借款问题，因民间借款只是贷款人向借款人提供借款，而不存在借款人向贷款人提供借款问题。

赔偿损失。无效民间借款合同的订立和履行给当事人带来损失，如果贷款人已经提供借款，采取返还借款措施不足以弥补损失的，借款人还应当赔偿损失；贷款人实际上未提供借款，因贷款人过错使诺成合同无效的，贷款人应当向借款人赔偿损失；如果贷款人未提供借款，但合同无效是借款人过错造成的，则由借

款人向贷款人承担赔偿损失责任；如果合同无效是由双方当事人共同过错造成的,则由双方当事人按照各自的过错承担赔偿责任。

追缴本息。民间借款合同当事人恶意串通实施借款行为，损害国家利益和社会公共利益的，应当追缴本金和利息。追缴本息是国家对违法的民间借款行为采取的最为严厉的措施，具有民事制裁性质，因此必须严格把握条件。追缴本息的条件主要有：①借款合同必须已经人民法院或者有关司法机关依法确认为违法而无效；未经有权机关确认无效，不得采取追缴措施；②借款合同当事人客观上损害了国家利益和社会公共利益，客观上未造成损害不得追缴，对不涉及国家利益和社会公共利益损害的，一般不能追缴本息；③借款合同当事人对这种损害在主观上是恶意的,如贷款人和借款人约定借款用于赌博、贩毒、走私等，均应收缴本息归国库。在实践中，收缴民间借款当事人的本息归于国库还应当注意这么一个问题：国家机关单位或者集体单位的资金由于当事人恶意串通被挪用出借,使国有资金或者集体资金受到损失,应当采取行政手段或者按照民事法律程序追回资金归还原单位，而不能将挪用出借国家、集体资金而采取追缴措施，将本息收缴上解国库。

第四章 民间借款的利息

民间借款的利息，俗称“子金”，是指贷款人因出借金钱而从借款人处得到的本金以外的金钱。利息是对本金而言的，是借款人取得和使用借款应当付出的代价。利息对贷款人来说是应当享有的实体权利，对借款人来说是应当履行的实体义务，在实体权利义务地位上仅次于本金，在民间借款合同中占据十分重要的地位。

第一节 概 述

一、有息借款与无息借款

利息，对发放贷款的商业银行和其他经营金融业务机构来说，除法律特别规定外，都必须收取，因而，银行借款属有息借款。民间借款与银行借款不同，不一定都必须有息。民间借款是否支付利息，完全由双方当事人自由约定。在协商借款过程中，民间借款是否支付利息，取决于贷款人的意思表示。贷款人考虑借款人的困难，出于友情和帮助，明确表示不要利息，或者没有约定利

息，那么，这笔借款就是无息借款；贷款人要求支付利息，明确提出利率或利息数额，借款人表示接受的，这笔借款就是有息借款。实践中也经常遇到贷款人出于善意不要利息，而借款人坚持要支付利息的情况。在这种情况下，只要贷款人实际上接受利息就为有息借款。

民间借款合同成立生效后，利息问题有时也会发生变更。无息借款合同在借款使用期间，贷款人提出支付利息要求，如果借款人接受的，无息借款变更为有息借款；借款人不接受的，仍为无息借款，贷款人不能单方将无息借款变更为有息借款。如果贷款人表示全部放弃利息，有息借款合同变更为无息借款合同；如果放弃部分利息，收取部分利息，只是利率高低问题，不能认为是无息借款。

利息有合法和非法之分，复利和高利是违法的，但不能认为复利借款和高利借款为无息借款。这些利息虽然是违法的，但仍是有息借款，只不过按照《合同法》规定作非法处理而已。

无息借款的借款人逾期还款要支付逾期利息，但其借款不是有息借款。有息借款是指双方当事人约定由借款人支付利息的借款。当民间借款为无息借款时，在借款期限内，或者借款期限没有约定或约定不明确的在贷款人催告的期限届满前，借款人不支付利息。但是，超逾期限或者催告的期限届满后，贷款人要求支付逾期利息的，借款人应当按照银行同期同类借款利率计付利息。这种情况下支付的利息是逾期利息，不是约定利息，而有息借款的利息是指约定利息。

二、民间有息借款的发展趋势

传统观念认为，公民之间的借款因具有互帮互助的社会属性，一般都是无息借款。然而，这个观念正受到现实的挑战，越来越

多的的民间借款趋向于有息借款。从我国经济发展情况来分析，实行社会主义市场经济后，越来越多的公民投入经济活动，他们需要越来越多的资金投入生产经营，而银行贷款不能满足公民个人的这种需求，他们不得不把眼光转向民间资金。于是，民间借款兴旺起来。同时，贷款人也意识到，借款人借款投入生产经营是为了获取利润，那么，贷款人为何不利用手中的资金获取利益呢？所以，无偿将资金出借给他人的人越来越少，要求支付利息的越来越多，而且，利息成为大多数贷款人出借金钱的动因。从生活角度来看，越来越多的人逐渐富裕起来，摆脱了贫困，借款解决生活贫困、养家糊口的越来越少，而贷款人无息出借资金的动因，大多数出于帮助借款人生活上的困难，因而，无息借款越来越少。

用于生产经营的增多和用于生活困难的减少，有息的增多和无息的减少，这是我国当前民间借款的发展趋势。由于这种趋势的出现，研究民间借款利息问题，就显得更具有现实意义。

三、利息与利率的关系

民间借款利息的约定分两种情况：一种是双方当事人在借款合同中明确约定利息数额，如借款 1 万元，每月利息 100 元；另一种是借款合同中没有约定利息数额而约定利率，如借款 2 万元，月利率 10‰。利率与利息发生一定关系，且能相互换算，如借款 1 万元，月息 100 元，换算为月利率是 10‰；又如借款 2 万元，月利率为 10‰，换算为利息是每月 200 元。

利率，是指一定时期借款利息与借款本金的比率。利率分为年利率、月利率和日利率，年利率以百分之几（%）表示，月利率以千分之几（‰）表示，日利率以万分之几（‱）表示，利率是计算利息的标准，用利率计算利息的公式是：借款本金×借用时间×利率＝利息。例如：借款本金 20000 元，借用时间 2 个月，

月利率10‰。计算公式是：20000×2×10‰＝40000×10‰＝400（元）

利率是计算利息的标准，不是支付标的，利息才是支付标的。当借款人向贷款人支付利息时，以利率为标准计算出具体利息数额，然后向贷款人支付。

银行借款利率由中国人民银行提出方案报经国务院批准而确定，是一种法定利率。这种法定利率的高低，是国家根据客观经济条件和国家方针、政策，兼顾各方面利益而规定和调整的。而决定民间借款利率高低的因素是复杂的，有双方当事人之间的个人关系，有互帮互助精神，有双方或社会的资金供求关系等因素所决定。民间借款利率，不论出于何种因素决定，只要不超越法定最高限额，都是有效的。

第二节　利息计付的几个问题

在民间借款活动中，有息借款、法定利息、无约定付息期限、提前偿还借款以及无息借款逾期还款等，如何计算支付利息，是实践中经常遇到的问题。本节就阐述和探讨这个问题。

一、法定利息的适用和计付

利息分为约定利息和法定利息两种。银行借款利息通常是法定利息，是按人民银行报国务院批准的利率计算出来的。民间借款的利率，法律只规定最高限度，在法定最高限度内，由双方当事人自由约定，因而是约定利息。但是，民间借款在特定情况下不排除适用法定利息。

《贯彻民法通则意见》第123条规定：“公民之间的无息借款，有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经

出借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人要求借款人偿付逾期利息，应当予以准许。”在这条规定的情形下所要支付的逾期利息的标准，根据《审理借贷意见》第9条规定，比照银行同类贷款利率计算。这里的比照银行同类贷款利率计息，指的就是法定利息。

根据上述规定，民间借款适用法定利息仅限于以下两种情况：

1. 民间借款为无息借款，借款人在约定还款期限届满后未偿还，且贷款人要求偿付逾期利息的，比照银行同类贷款利率计息，即计付法定利息。但是，在这种情况下支付的法定利息不是从借款之日起计算，而是从逾期之日起计付。

2. 民间借款为无息借款，又未约定偿还期限，贷款人催告后，借款人仍不偿还，且贷款人要求支付逾期利息，在这种情况下，从催告之日起，也比照银行同类贷款利率计付利息。

民间借款在上述情况下，适用法定利息要注意以下几个问题：

1. 比照银行贷款利率。银行利率有存款利率与贷款利率之分，在一般情况下，银行的存款利率总是低于贷款利率，而贷款利率总是高于存款利率。我们这里所说的法定利率是指银行贷款利率。如果参照银行存款利率计付利息，就会使贷款人的利益受到损害。

2. 比照银行同期贷款利率。所谓的“同期”是指民间借款发生时间，不是贷款期满时间，更不是审理期间和执行期间。也就是说，比照民间借款发生时的银行贷款利率计付利息。如果在贷款使用期间内，银行贷款利率发生了调整，则应比照调整前后两个期间不同的利率计付利息。

3. 比照同类银行贷款利率。银行贷款的种类很多，有工业贷款、农业贷款，有投资贷款、消费贷款，等等，不同类种的银行贷款有不同规定的利率。民间借款大致分为生产经营和生活两种

借款。用于生产经营的民间借款要比照同类或相近种类的银行贷款利率，如民间借款用于扩大再生产的，比照银行固定投资贷款利率；如果民间借款用于生活的，则比照银行消费贷款利率。民间借款合同没有约定贷款用途的，可以根据实际用途确定。

4. 借用外币的，比照借款发生时同类外汇贷款利率计算支付。

二、《合同法》第二百一十一条的适用

在适用《贯彻民法通则意见》第 123 条规定计付法定利息时，要注意对《合同法》第二百一十一条规定的理解和适用。第二百一十一条第一款规定:“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或约定不明确的，视为不支付利息”。这里的“视为不支付利息”即视为无息借款。这条规定仅适用于以下两种情况：

（1）民间借款合同对支付利息没有约定或约定不明确，但有约定还款期限的，在约定还款期限内，借款人不负支付利息义务。但是，借款人不按还款期限还款的，贷款人要求借款人偿付逾期利息的，仍按《贯彻民法通则意见》第 123 条规定支付逾期利息。

（2）民间借款合同对支付利息没有约定或约定不明确，且未约定还款期限的，在贷款人催告还款前，或者虽已催告但未要求借款人支付逾期利息的，借款人可以不支付利息。如果经催告后，且贷款人要求支付逾期利息的，仍按《贯彻民法通则意见》第 123 条规定支付逾期利息。

关于《合同法》第二百一十一条和《贯彻民法通则意见》第 124 条中的“约定不明”问题。《贯彻民法通则意见》第 124 条规定：“借款双方因利率发生争议，如果约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。”这里的“约定不明”，笔者的理解是：借款双方有利率约定，只是利率高低不明确。因此，当

事人因利率约定不明而发生争议，又不能证明的，规定借款人从借款之日起支付法定利息，是符合公平、合理原则的。但是，双方当事人有利率约定，仅为利率发生争议，且能证明的，仍要视具体情况确定利率支付利息。例如，贷款人主张月利率为25‰，而借款人主张借款发生时约定的月利率为15‰，贷款人对自己的主张不能提供证据予以证明，在这种情况下，双方约定利率虽然不明确，但不能视为“不能证明”而不支付利息，因为借款人承认月利率15‰，故应当以月利率15‰计算付息，且应从借款之日起计算。

三、支付利息期限问题的处理

借款本金有使用期限，支付利息也有一个期限问题。民间借款的支付利息期限是对有息借款而言的，无息借款不存在支付利息期限问题。《合同法》第二百零五条规定：“借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期限不满一年的，应当在返还借款时一并支付；但借款期限一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期限不满一年的，应当在返还借款时一并支付”。从这条规定来看，在通常情况下，应当坚持息随本清的原则，即借款人在清偿到期本金时一并支付利息。但是，支付利息分为有支付期限和无支付期限两种情况，在这两种情况下，支付利息的期限各有自己的要求。

有支付期限，是双方当事人对支付利息已经明确约定期限。对有支付利息期限的，借款人应当按照合同约定的期限向贷款人履行支付利息义务，否则，亦属违约行为。借款人逾期不支付利息，贷款人可以行使催讨权，也可以行使起诉权，请求借款人支付利息。

无支付期限，是指双方当事人对支付利息没有约定期限或者期限约定不明确。无支付期限，不是永远无期限支付，更不能视为不支付利息。《合同法》第二百零五条对无支付期限问题作出两种处理规定：

1. 补充协议

当事人在民间借款合同中对借款人支付利息的期限没有约定或者约定不明确的，依照《合同法》第六十一条规定，可以协议补充。通过协议补充，确定支付期限，使无支付期限变为有支付期限，然后执行补充协议后的支付期限。

2. 执行法定支付期限

法定支付期限是相对没有约定支付期限而言的，只在没有约定支付期限和支付期限不明确又不能协议补充或者补充协议不成的情况下才适用的。法定支付期限应当按照第二百零五条的规定区别不同情况确定：①借款期限不满一年的，借款人应当在返还借款时一并支付利息，即息随本清；②借款期限超过一年的，借款人应当在每届满一年时支付一次，剩余期限不满一年的，应当在返还借款时一并支付利息。法定支付期限总体体现届满一年支付一次息，不到一年的息随本清。

四、提前偿还借款的利息支付问题

提前偿还借款，是借款人在借款期限届满前向贷款人返还所借金钱的行为。借款人提前偿还借款涉及利息如何支付问题。

在通常情况下，贷款人不能要求借款人提前偿还借款，而借款人可以提前偿还借款。在实践中，提前偿还借款的情况普遍存在，如借款人在借款期限届满前已有足够还款能力，为了放下欠债这个包袱而提前偿还；又如借款人为了放下利息的负担或者考虑这笔借款利息过高而提前偿还等。有些学者认为，借款人应当

严格按照合同约定的期限偿还借款，提前偿还借款要经贷款人同意，否则在期限上违约，应当按照借款合同的期限支付利息，并将借款人支付的自偿还之日到期满之日的利息视为对违约责任的承担。

《合同法》第二百零八条规定：“借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息”。这条规定显然没有采纳上述观点。根据这条规定，借款人提前偿还借款，除另有约定外，无须贷款人同意，且贷款人不能拒收，并按实际借款的期间计付利息。《合同法》如此规定的理由是，借款合同中的借款期限原本是为借款人的利益而约定的，借款人放弃部分使用期限这一利益而提前还款应当准许，且这一行为不损害贷款人的利益。

所要注意的是，《合同法》第二百零八条规定只适用于有约定期限的借款，对借款期限没有约定或者约定不明确的，应当适用《合同法》第二百零六条的规定，除补充协议成立外，借款人可以随时返还。

民间借款在适用《合同法》第二百零八条规定时，还要注意例外情况——当事人另有约定。就还款期限问题，贷款人和借款人在民间借款合同中另有约定的，适用合同自由原则，依照另行约定的内容办理。例如，双方当事人在民间借款合同中明确约定借款期限，同时明确约定不能提前偿还的，如果借款人要求提前偿还，必须经贷款人同意，否则属违约行为，仍应按合同约定的期限计付利息。

五、诺成合同违约责任所涉及的利息计付

民间借款合同大多数是实践合同，但也有诺成合同。民间借款用书面形式订立有偿合同，且合同约定贷款人自合同生效之日

起在一定期间内将金钱交付借款人的，该合同为诺成合同。诺成合同签订后，就产生法律约束力，当事人必须严格遵守合同约定履行义务，否则承担违约责任。《合同法》第二百零一条规定所涉及的合同为诺成合同。民间借款诺成合同当事人违约，根据《合同法》第二百零一条规定承担违约责任时，涉及到有关利息支付问题。

1．贷款人违约以利息标准赔偿损失。

《合同法》第二百零一条规定："贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。"诺成合同的贷款人在合同成立生效后，应当按照合同约定的日期、数额向借款人提供借款，这是贷款人的主要义务。如果贷款人不履行或不完全履行这一义务，就有可能造成借款人的损失，这就要承担赔偿责任。贷款人未按照约定的日期、数额提供借款所要赔偿的数额的计算方法是：按照贷款人违约的数额和延期的天数，以及约定利率（无约定利率的，比照银行同期同类贷款利率）计算赔偿金额。这一计算方法实际是利息计算方法，故这里的赔偿金额等于利息数额。

2．借款人未按约收款按约付息

《合同法》第二百零一条第二款规定："借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息"。诺成的民间借款合同成立生效后，借款人出尔反尔不收取借款的情况很少见，但不排除这种违约行为的发生。如借款人在签订合同前需要借款，而签订合同后已不需要借款；又如合同签订后，借款人对约定的利息认为过高不合算，等等，这些情况都有可能导致拒收借款的发生。借款人不收借款，不论是否给贷款人造成损失，都要承担违约责任。借款人在这种情况下承担违约责任的形式是支付利息。

六、逾期还款的利息计付

民间借款到期后，或者无期限借款经贷款人催告后，借款人逾期还款，亦属违约。这种违约也涉及逾期还款的利息计算问题。这个问题在实践中经常遇到，前面已经零散地提到过，但为了进一步明确逾期还款的利息计算，有必要再作些说明。

对逾期还款的利息计算，在通常情况下，应当根据《贯彻民法通则意见》和《审理借贷意见》的有关规定，比照银行同期同类贷款的利率来计算。但是，民间借款的情况是复杂多样的，有有期借款和无期借款，有有息借款和无息借款，有息借款中的利率还有低于或高于银行同期同类贷款利率两种情况，若一律比照银行同期同类贷款利率计算逾期利息，在有些情况下有违自愿、公平原则。

笔者认为，对民间借款的逾期利息计算，应当按照《民法通则》、《合同法》的自愿、公平原则和有关司法解释的规定，区分不同情况，分别按银行利率和约定利率计算。

比照银行同期同类利率计算逾期利息，主要适用于两种情况：一是借款双方当事人对借款利率无约定，即没有约定和约定不明确；二是借款双方当事人对利率有约定，但低于银行同期同类银行贷款利率。按照约定利率计算逾期利息主要适用于，借款双方当事人对借款利率已有约定，且约定利率高于银行同期同类贷款利率，但未越过法定限度。如果将高于银行利率的约定利率，降至银行利率计算逾期利息，显然对违约的借款人有利，这会助长借款人逾期还款。我们主张的逾期利息计算方式，与一律比照银行利率计算比较，增加了借款人的负担，这有利于促使借款人按期履行还款义务，减少逾期违约情况的发生。

第三节　几种违法利息及处理

银行借款的利率有国家的规定，有人民银行的监督，且借款行为规范，通常较少在利息问题上出现违法行为。民间借款由于由自由性、广泛性、复杂性影响，在利息问题上，缺乏有力的监督和管理，除了发生纠纷诉至法院，法院依法予以裁判外，几乎没有其他国家机关管理民间借款，加之有些借款人急于用钱和贷款人乘人之危，就容易出现高利贷、预先扣除利息等违法行为，侵害了借款人的利益，扰乱了民间资金融通秩序。

一、预先扣除利息

预先扣除利息，俗称“抽头”，是贷款人预先在本金中扣除利息的行为。贷款人预先扣除利息，无论借款人是否愿意，都是违法行为。

在通常情况下，绝大多数民间借款都是借款人求助于贷款人而发生的，在借款人处于被动地位的情况下，贷款人往往利用借款人急于用钱的困境在同意出借金钱的同时，提出预先扣除利息。虽然预先扣除利息只有在借款人也表示同意下实现的，但这是不公平的不合理的违法行为，道理在于：首先借款人原本急于用钱而借款，当然不会自愿在本金中先予扣除利息，至于表面上同意预先扣除利息是意思表示不真实的表现；其次，按照合同约定数额向借款人交付借款是贷款人的主要义务，如果预先扣除利息，实际交付数额小于合同约定数额，这是贷款人的违约行为，如双方当事人约定借款 1 万元，借款人出具了 1 万元的借据给贷款人，而贷款人预先扣除利息 1000 元，实际交付给借款人 9000 元，这就是在借款数额上的明显违约行为；再之，借款人向贷款人支付利

息的时间是归还借款时间，或者是《合同法》第二百零五条规定的时间，而预先扣除利息在时间上提前到借款发生时，违反了法律规定。所以，《合同法》第二百条规定，借款利息不得预先在本金中扣除。

贷款人违反法律规定，已经预先从本金中扣除利息，应当按照《合同法》第二百条"应当按照实际借款数额返还借款并计算利息"的规定处理。根据这条规定，对利息预先在本金中扣除的处理涉入两个内容：一是借款人返还借款的数额不是原先约定的本金数额，而是实际借款数额；二是借款人支付的利息，不以原先约定的本金数额计算，而是以实际借款数额计算。例如，双方当事人约定借款本金 2 万元，预先扣除利息 2000 元，贷款人实际交付给借款 18000 元，按照《合同法》第二百条规定处理，借款人只需返还 18000 元实际借款，并以 18000 元实际借款计付利息。

二、复利

民间借款的利息有两种计算方法，即单利和复利。单利是本金×利率×使用时间来计算利息的，所得利息不加入本金重复计算利息，前面介绍的合法利息就是以单利计算方法得出的利息。复利是另一种计算方法，是贷款人将应得的利息加入本金再计算利息，俗称"息加息"、"利滚利"。

下面以同一例子，用单利与复利两种不同方法计算利息，以便看出两者结果的差别。

假设：双方当事人约定借款 10000 元，月利率 20‰，使用期限 2 个月。

单利计算：10000×20‰×2＝400 元（利息）

复利计算：假设，每一个月计算复利一次：$10000\times(1+20‰)^2$ ＝10440 元（本加息），减去本金 10000 元，利息 440 元。

两种计算方法对照比较，复利显然高于单利。

最高院《审理借贷意见》第7条规定："出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，只返还本金"。后来，最高法院在最高人民法院公报上对此条规定作了修改，将"只返还本金"改为"其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护"。这一修改说明：双方当事人在借款发生时自愿约定复利，且在最后还本付息时，复利没有超过法定最高限度的，应当予以准许。理由是：①禁止预先扣除利息和高利贷有法律依据，而禁止复利没有法律依据；②《审理借贷意见》第7条规定："出借人不得将利息计入本金谋取高利"，其中的"高利"是认定复利违法的标准，而"高利"的认定应当是超出法定最高限度，如果还本时所支付的利息没有超过法定最高限度，则没有违法；③复利仅是计算方法，只要双方当事人自愿采取这种方法计息，又不超出法定最高限度，是符合合同自由原则的。当然，采取复利计算方法致使还本时所支付的利息超过法定最高限度，则是违反《审理借贷意见》第六条规定的。

三、高利贷

高利贷是超过国家法定最高借款利率限度的借款活动。这是一种违法借款活动。

高利贷是一种古老的剥削形式。原始、奴隶、封建社会中的高利贷，反映高利贷者剥削奴隶、农民、小生产者的经济关系。在社会主义社会里，国家禁止高利盘剥，但高利贷在民间仍然存在。社会主义社会里存在的高利贷是旧社会遗留的丑恶现象，仍具有盘剥性，它会扰乱金融秩序，造成社会危害，阻碍新的生产方式的产生，破坏生产力的发展。因此，国家打击高利贷，法律禁止高利贷。《合同法》第二百一十一条第二款规定："自然人之间的

借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。”最高人民法院《审理借贷意见》第 6 条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的 4 倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护”。我们通常所说的法定最高利率限度指的就是“银行同类贷款利率的 4 倍”。

有人认为，民间借款的利率是双方当事人自愿约定的，根据合同自由原则，高利应予准许，政府不宜加以干涉。这种观点除忽视高利贷的社会危害性外，还忽视了借款人的意思表示是否真实问题。从表面上看，借款人同意接受高利，但其同意背后有两个隐患：一是贷款人乘人之危盘剥借款人，而借款人出于无奈接受高利，并非真实意思表示；二是接受高利的借款人，大多数对还款无真实意思，有的甚至利用贷款人贪利的心理，诈骗钱财。在民间借款活动中，乘人之危，诈骗钱财，都是违法行为。

关于高利的标准问题。民间借款双方当事人约定的利率是否属于高利，其标准是“银行同类贷款利率的 4 倍”。在“4 倍”以内不属于高利，法律予以保护；超过“4 倍”则属于高利，超过部分的利息法律不予保护。那么，“同类贷款利率”在借款发生时确定，还是在到期时确定？笔者认为应当在借款发生时确定，即以订立合同时的银行同类贷款利率来确定是否超过“4 倍”，因为，银行利率在民间借款使用期间内可能调低利率，签订合同时约定的较高的利率就有可能超出“4 倍”，而当事人一般不知道事后银行调低利率，在这种情况下，贷款人当时主观上无高利故意，故不宜以借款到期时的银行利率计算是否超过“4 倍”。

对实施高利贷行为的处理。根据《审理借贷意见》第 6 条的规定，对高利贷的处理，只对超出“银行同类贷款利率的 4 倍”的

利息不予保护，对借款本金和“4倍”以内的利息仍要予以保护，即借款人应当返还本金，并支付“4倍”以内的利息。我们认为，贷款人利用高利贷盘剥他人，破坏金融秩序，具有一定的社会危害性，仅按《审理借贷意见》第6条处理，不足以对实施高利贷者的制裁，不能有效地铲除这种旧社会遗留的毒瘤，因此，政府和人民银行应当制订规范性文件，对高利贷行为给予行政制裁，如没收利息、处以罚款等，加强打击高利贷行为的力度，保障民间融资活动走上正常化、规范化和法制化轨道。



第五章 民间借款的委托代理

在通常情况下，民间借款活动都是由贷款人与借款人亲自完成的。但是，当事人亲自参与借款活动有困难的，可以委托他人代理进行，这使民间借款活动更为便利和灵活。代理分为三种类型：法定代理、指定代理和委托代理。法定代理在前面已经介绍过，指定代理仅适用于人民法院在诉讼过程中对无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人或者虽有法定代理人但不能行使代理权的情况。在三种代理中，委托代理常为民间借款当事人适用且实践中常见，故本章专题分析民间借款中的委托代理问题。

第一节 委托代理在民间借款中的理解

一、民间借款委托代理的基本含义

委托，是本人请别人代办的意思。

代理，是代理人在代理权限内，以本人名义向相对人进行意思表示或者接受来自相对人意思表示，其法律效果由本人承受的

一种民事法律行为。

民间借款的委托代理，是指代理人接受贷款人或借款人的委托，以委托人的名义向贷款人表示借入意思或者向借款人表示出借意思，其法律后果由委托人承受的一种民事法律行为。这里的委托代理人，不是民间借款合同中的贷款人和借款人，而是民间借款委托代理关系中的一方当事人；委托人即本人或被代理人，是民间借款合同中的一方当事人，也是民间借款委托代理关系中的一方当事人。在民间借款活动中，贷款人和借款人都可以作为委托人。贷款人委托他人出借金钱的，贷款人便是委托人。例如，甲某把 1 万元钱存放在乙某处，委托乙某将这笔钱出借给他人，月利率 15‰以上，使用期 1 年内。这里的甲某是出借委托人，乙某是出借委托代理人。借款人委托他人借入金钱的，借款人是委托人。例如，丙某需要借入 2 万元钱，委托丁某去借，月利率不高于 20‰，使用期不少于 6 个月。这里的丙某是借入委托人，丁某是借入委托代理人。

二、民间借款委托代理的构成要件

民间借款的委托代理与一般的委托代理基本相同，有以下五个方面的要件构成：

1. 委托人与委托代理人必须有明确的委托代理关系的自愿约定

委托代理是一种民事法律行为，同时也是一种合同关系，它有委托代理的内容，有委托和受托的双方当事人。委托代理作为一种合同关系，就必须坚持自愿约定原则。任何一方都不能强迫对方委托或者接受委托，任何一方都不能凭单方意志决定委托代理关系的成立。如甲有钱出借并想取得利息，把钱放乙处，委托乙代为借出，乙担心委托出借的钱难以收回而连累自己，不接受

委托，在这种情况下，甲不能强迫乙接受委托。又如，丙缺钱使用委托丁到他人处借款，并表示给丁好处，丁认为丙无偿还能力而不愿为其代理借款，在这种情况下，丙不能强迫丁去为自己借款。无论是贷款人还是借款人，如果采取强迫、威胁等手段，迫使他人委托或者接受委托都是无效的委托代理行为。在自愿约定问题上，委托代理不同于法定代理，法定代理不需要当事人意思表示，不存在被代理人（本人）的自主意思。

民间借款的委托代理绝大多数是出于亲缘、友情、互帮互助等原因而为的，因而常见的是无偿的，但无偿代理并不排除委托代理的合同关系，也不排除因委托代理所产生的法律责任。对于有偿的民间借款代理活动，只要不违反法律规定，也应当予以准许。

2. 代理人必须以委托人的名义进行借款代理活动

在委托代理的民间借款活动中，借款行为由委托代理人（受托人）与相对人实施，委托人（本人）没有亲自进行，但是，委托代理人必须以委托人的名义进行，因为，委托代理人是为本人的利益实施借款行为的，所产生的法律效果归属于本人。如果民间借款活动中的行为人以自己的名义出借或者借入，就无法说明是委托代理行为，此时行为人主张自己的借款行为是委托代理行为，却无委托人明确承认，又无充分的证据证明存在委托代理关系，行为人的借款行为所产生的法律后果由其自己承受。例如，甲某确受乙某的委托向丙某借款1万元钱，但甲在向贷款人出具的借据上签上自己的名字，又未说明委托代理关系，当借款发生纠纷诉至法院时，乙和丙均不承认委托代理事实，又无其他证据证明，人民法院只能以借据为证，裁判甲某（行为人）承担还款责任。

3. 代理人必须向相对人表示借入或借出的意思

在委托代理的借款活动中，由于委托人没有亲自参加借款活动，而由委托代理人出面与相对人协商，因而，委托代理人必须向相对人表示发生借款关系的意思。当行为人为借款人的代理人时，必须向贷款人（此时为相对人）表示借入或者接受借款的意思，并在委托权限范围内向贷款人表示借款数额、利率、期限等意思；当行为人为贷款人的代理人时，必须向借款人（此时也为相对人）表示出借或者接受出借的意思，同样在委托权限范围内向借款人表示出借的数额、利率、期限等意思。如果代理人不向相对人表示借款意思，双方委托代理借款问题无从谈起。

4．代理人必须在代理权限内进行

代理权限是指代理权的范围。对委托代理而言，只有接受委托人委托才有代理权，而代理权限又受委托人的意志和利益的制约。代理范围包括法定范围和意定范围。我们在这里讨论民间借款的意定范围，即委托代理的范围。

在民间借款的委托代理中，代理人以委托人名义表示出借或者借入意思的各个事项是由委托人决定的，委托人决定的委托事项构成代理范围，代理人不得超逾代理范围进行代理活动。如果代理人超越代理范围进行借款活动，事后又不能得到委托人的追认，超逾部分被视为代理人自己的行为，由此产生的法律后果由代理人承担。例如，李某将2万元钱存放在郑某处，委托郑某出借1.5万元，月利息15‰，期限6个月，另0.5万元有其他用处不出借，而郑某受托后将2万元按月息15‰全部出借，事后，李某对未委托出借的0.5万元予以追认，郑某代表李某与借款人成立的民间借款合同仍然有效，李某无权要求借款人立即返还0.5万元借款。但是，郑某超逾委托代理权限将未委托出借的0.5万元钱出借，李某又不予追认，郑某对超出的0.5万元承担责任，李某就有权向郑某讨回0.5万元；如果借款到期，借款人未能偿还

全部借款，郑某就负有向李某赔偿 0.5 万元的责任。至于借款人到期未能偿还 1.5 万元的问题，代理人不承担责任，仍由李某向借款人主张权利。不过，民间借款的委托代理，大多数出于互帮互助精神而为无偿代理，在无偿代理的情况下超逾代理范围的，可以适应减轻代理人的责任，如减轻或免收利息等。

5. 代理效果必须归属于委托人

代理效果实质上是委托代理行为所产生的委托人与相对人的权利和义务。民间代理借款行为虽然由代理人作出，但他是接受委托而进行的，且以委托人的名义进行的，代理人与相对人订立的民间借款合同一旦成立生效，就在委托人与相对人之间形成民间借款法律关系，因而，合同所享有的权利和所负有的义务都归属于委托人，而代理人对代理效果既不享有权利，也不承担义务。例如，委托代理行为所签订的民间借款合同为：借款 3 万元，月利息 20‰。如果是贷款人的代理人与借款人签订该合同的，那么，由代理人负责提供借款义务，收回 3 万元本金并取得 20‰利息的权利也归于贷款人；如果是借款人的代理人与贷款人签订该合同的，收取 3 万元借款的权利归借款人，同时，偿还 3 万元借款并支付 20‰利息的义务也归属于借款人。如果行为人在民间借款合同中享有实体权利，承担实体义务，该行为人就不是代理人，而是实体上的当事人。

第二节　民间借款委托代理的授权形式

授权行为是委托代理发生的依据，委托代理产生于授权行为，只有本人依法委托授权，他人才有代理权。那么，民间借款当事人采取何种形式授权他人代理呢？我国《民法通则》第六十五条第一款规定：“民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可

以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。”这条规定体现了委托授权形式自由选择原则。对于民间借款的委托授权，法律没有规定应当采取书面形式，故完全由当事人自由选择，即民间借款的当事人可以口头委托授权他人借入或借出，也可以书面（授权委托书）委托授权他人借入或借出，为不要式行为。

一、关于民间借款的书面委托授权问题

根据《民法通则》第六十五条第二款的规定，采取书面形式的授权委托书，应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期限，并由委托人签名或盖章，这是规范的书面授权。但是，在实践中，民间借款采用书面形式委托授权的情况比较少见，采用规范的授权委托书更为少见。常见的民间借款书面委托授权，大多数是信件、便条等形式，且委托授权的事项、权限等内容不完整。如有的借款人在外寄信给家乡朋友、亲戚，只写明委托借款数额，而未写明借款利息、期限等，有的甚至只写明委托借款，连借款数额都未写明，让委托人借多少算多少。有些人认为，借款数额、利息、期限是民间借款合同必备内容，委托人用信件、便条等形式委托借款而不具备上述内容，属《民法通则》第六十五条第三款规定的“委托书授权不明的”情况，若委托人与代理人在民间借款中为委托代理发生争议，则借款人向贷款人承担还款付息责任，代理人承担连带责任。我们认为，在这种情况下，只要借款人有委托借款表示，委托代理关系应当成立，至于数额、利息、期限等委托内容不明确，应当认为是借款人授权委托其代理人决定的意思表示，故委托代理人与贷款人订立的借款数额、利率和期限等合同内容对借款人产生法律效力。

根据《民法通则》第六十五条规定，民间借款的委托授权形式为不要式行为。至于“法律规定书面形式的，应当用书面形

式”问题，因为，法律没有规定民间借款委托授权行为应当采用书面形式，所以此规定对民间借款委托授权不适用。但是，这仅仅是对民间借款活动中的委托授权而言。至于民间借款诉讼中的委托代理授权行为属要式行为，即应当采用书面形式委托授权，属于“法律规定用书面形式的，应当用书面形式”的范围，其法律依据是《民事诉讼法》第五十九条的规定。该条规定：“委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或盖章的授权委托书。”从这条规定来看，民间借款诉讼代理的授权形式不由当事人选择，只能采取书面形式。

二、关于民间借款的口头委托授权问题

从民间借款的现实情况来看，无论是贷款人还是借款人，在进行委托授权活动中，大多数采取口头形式，原因是民间借款活动中的贷款人或者借款人与委托代理人之间往往有着血缘关系，或者邻里关系，或者友情关系，互相之间比较信赖，有互帮互助精神，这使口头委托授权借款成为民间的一种习惯。口头委托授权形式，便捷借款，有利于当事人实现借款目的。然而，口头委托授权与口头借款合同一样，当产生委托代理纠纷时，难以提供证据予以证实。如代理人接受口头委托后，从贷款人处取得借款占为已用而否认委托，借款人和贷款人就难以举证证明，贷款人只能认定代理人就为借款人，只能向所谓的代理人主张权利，而不能要求委托人还本付息。

民间借款的委托授权形式虽然可以是书面形式也可以是口头形式，但从上述分析来看，为了避免约定不明或者证据不足而造成的纠纷，在实践中应当提倡采用书面授权委托，且要求规范的书面形式。

第三节　无权代理的效力

无权代理民间借款合同，是指在民间借款活动中行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同。无权代理的行为是一种有瑕疵的民事行为，所订立的民间借款合同的效力处于待定状态。

一、民间借款中无代理权的情形

根据《民法通则》第六十六条第一款和《合同法》第四十八条第一款的规定，民间借款活动中存在以下三种无代理权情形：

1. 借款行为人没有代理权

委托代理权来自于本人的委托授权。行为人根本没有本人的委托授权，与本人根本没有发生委托代理关系，就没有代理权。在这种情况下，行为人以本人的名义与贷款人或借款人订立民间借款合同，是一种没有代理权的合同。

2. 借款代理人超越代理权

行为人与本人存在代理关系，但行为人超越了本人的委托授权范围而以本人的名义与他人订立合同，属超越代理权行为。在民间借款活动中，贷款人的代理人和借款人的代理人都有可能超越代理权而与他人发生代为借款关系。超越代理权行为主要表现在借款数额、利率、期限等内容上。

（1）在借款数额上，除委托代理关系双方当事人另有明确约定外，代理人出借或者借入的数额高于授权数额的，是超越代理权行为，低于的是有效代理行为。如例，贷款人委托代理人出借1万元，代理人出借1.5万元，0.5万元是超越代理权的；如果该代理人认为借款人只需借用0.5万元，或者考虑借款人只有0.5

万元的偿还能力，只出借 0.5 万元，则没有超越代理权。又如，借款人委托其代理人借入 1 万元，如果代理人借入 1.5 万元，0.5 万元则是超越代理权的；如果贷款人只借给 0.5 万元，代理人借入 0.5 万元，则没有超越代理权。没有超越代理权行为，虽然与授权内容不一致，但没有损害被代理人的利益，应为有效代理行为。

（2）在借款利率上，要视借入和借出两种不同情况是否有利被代理人来判断是否超越代理权。贷款人的代理人以高于授权利率出借的（但不超过法定最高限度），代理行为有效，如贷款人委托出借月利率为 10‰，而代理人代为出借的月利率为 12‰；以低于授权利率出借或者无息出借的，该行为属于超越权限代理。对于借款人的代理人来说恰好相反，以高于授权利率代为借入的，属于超越代理权，低于或无息借入的则为有效代理行为。

（3）在借款期限上，贷款人的代理人代为出借的期限长于授权出借期限的，属超越代理权行为，如贷款人授权借款期限为 3 个月，而代理人擅自将借款期限增加 2 个月；短于授权期限的则为有效代理行为，如授权借款期限为 6 个月，代理人与借款人订立 4 个月借款期限合同。借款人的代理人在借款期限上的代理行为则作相反认定。

（4）在币种上，民间借款的当事人授权借出或借入的特定币种是不可改变的。如贷款人出借的是美元，代理人不能将美元兑换成人民币出借；又如，借款人委托借入人民币，代理人不能代为借入美元。

上述对借款数额、利率、币种和期限有无超越期限的分析也不是绝对的，如果民间借款的被代理人与代理人另有约定，则依约定进行判断。

3. 借款代理权终止

行为人与本人之间原来有代理关系，后有各种原因，代理关

系已经不复存在，代理权已经消灭，这是代理权终止。代理权终止后，原代理人（行为人）仍以原被代理人（本人）的名义与他人签订合同，亦属无代理权行为。代理权终止的原因主要有代理期限届满、代理事务完成和被代理人取消委托等。这些原因在民间借款活动中主要表现于：

（1）代理期限届满仍以本人名义与他人订立借款合同。民间借款的当事人在授权代理人借出或借入时约定有代理期限的，在该期限内，代理人没有完成代理事项，代理权已经终止，但在该期限届满后，原代理人仍然进行代理活动，以原被代理人名义将金钱借出或者借入，均属无代理权行为。例如，贷款人将 2 万元钱存放朋友处，委托该朋友 2 个月内代为出借，如果不能如期出借则另有用场。该朋友受托之后，2 个月内没有把贷款人的钱借出去，到第 3 个月时有人来借便借出去。这里的 2 个月是代理期限。2 个月到时，代理权已经消灭，该朋友无权代为出借，故此例中的代理行为属无代理权行为。又如，借款人 2 月内缺钱使用，过了 2 个月不需要借款，于是委托他人在 2 个月内代其借一笔款，代理人在 2 个月内借不到款，却在 3 个月后为其借到一笔款，这也是代理期限届满后的行为，属无权代理行为。

（2）代理事务完成后仍进行代理活动。代理事务完成后，委托代理关系消灭，代理人不再有权代理，而该代理人仍以被代理人名义与他人订立合同，也属没有代理权行为。这里的没有代理权与上面第 1 个问题中的没有代理权有一点不同，即上面所说的没有代理权是指行为人与本人从来没有发生过委托代理关系，而这里是指曾经发生过委托代理关系，只是代理事务已经完成。这种情况在民间借款活动中是可能发生的，如父将 3 万元钱存放子处，委托其子出借 2 万元，当其子代为出借 2 万后，又将另一万元钱借给另一个借款人；再如，借款人委托他人代其借入 1 万元，

该代理人为其代借1万元后，又为其借得0.5万元，尽管这里的代理人大多出于好心，但后借的0.5万元，也属代理行为完成后的无权代理行为。

二、效力处于待定状态的理由在民间借款中的理解

根据《民法通则》第六十六条第一款和《合同法》第四十八条的规定，没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，原代理人仍以被代理人的名义与他人订立借款合同，该合同的效力处于待定状态，即既不能直接认定有效，也不能直接认定无效，应当等待当事人后来的意思表示来确定。在民间借款活动中，行为人无代理权而以本人名义订立借款合同，当事人可以通过行使催告权、追认权、撤销权，再确定该种合同的效力。那么，为什么不直接认定该种民间借款合同为无效合同呢？

1. 无权代理人签订的民间借款合同存在着可能对贷款人或借款人有利的因素

行为人无权代理而与他人以本人名义进行借款活动，在形式上不是合法的，但可能对本人有利，特别是善意的无权代理行为。如借款人生病住院急需用钱，其朋友为其所急，在没有受托的情况下向贷款人说明为借款人代借；又如甲将钱寄给乙，告知存入银行，乙考虑银行利息低，便将钱借给丙，利息收入高于银行。这些无权代理行为对本人是有好处的。由此可见，将无权代理人订立合同的效力处于待定状态，等本人根据自己的利益再决定借款合同的效力是有理由的。

2. 无权代理人已作代理意思表示，可待本人承认其效力

行为人未得到授权委托本来无权代理，但是，行为人向贷款人表示为借款人代借，或者向借款人表示代贷款人出借时，已经向相对人表明代理意思，只要这种代理表示得到被代理人承认，事

后成立的代理关系可以追认前面代理行为为有效行为。

3. 有利融通闲置的民间资金

老百姓存放家中的资金大多是闲置的，同时，有钱人为了取得利息不一定找到合适的借款人，缺钱人需要借款不一定找到贷款人。在民间，善意的行为人往往在未受委托的情况下主动向相对人提出为本人代为借入或代为借出的意思表示，希望通过自己的代理行为使双方都有利益。在这种情况下，如果直接确定无权代理行为无效，就容易使本应成功的借款合同夭折，本能流通的闲置民间资金不能发挥作用。依照《合同法》规定，将借款合同的效力处于待定状态，然后得到本人追认，对融通民间闲置资金是有利的。

三、催告权在民间借款中的行使

《合同法》第四十八条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。无权代理人以本人名义所订立的合同，对方当事人是相对人：如果被代理人是借款人，相对人就是贷款人；如果被代理人是贷款人，借款人便是相对人。无论是贷款人的相对人，还是借款人的相对人，都可以在法定期限内行使催告权，要求被代理人追认无权代理人所订立的合同。

民法上的"催告权"，是指合同的相对人催促被代理人在一定时间内明确答复是否承认无权代理合同的权利。民间借款中的相对人行使催告权应当注意以下几个问题：

1. 催告追认的期限问题

《合同法》规定催告追认期限为一个月内。这个期限是绝对的还是相对的呢？例如，相对人在催告时给被代理人 20 天追认时间或 40 天时间是否可以呢？有一种观点认为是绝对的，一个月的时

间一天不能少，一天也不能多，理由是一个月是法定期限。笔者不敢苟同。超过一个月，应当是不妥的，因为：①《合同法》规定的是“一个月内”，并非“一个月外”；②追认时间过长，会使合同长期处于不确定状态，容易造成相对人合法权益的损害，如相对人为贷款人时，在合同效力待定期限应当准备本金出借，如果给予借款人过长的追认时间，容易使贷款人的资金在这段时间处于闲置并使利息受损。基于保护相对人的利益，《合同法》将一个月内定为合理期限。那么，相对人给予被代理人少于一个月的追认时间是否可以呢？从保护相对人利益角度看，我们认为总体上是可以，因为《合同法》规定是“一个月内”，但这要视是否合理而定。对民间借款代理中的本人而言，否认或者承认无权代理行为，同意或者不同意出借或者借入，在一般情况下是容易作出意思表示的，但时间太短，短得使相对人来不及商量和思考，则是不合理的。如果因追认时间不合理发生争议的，可以认定为一个月，使之有一个有法律依据的认定标准。

2. 催告的方式问题

法理上的催告方式有默示和明示两种。从《合同法》的规定精神来看，相对人对被代理人的催告应当采用明示方式，用口头或书面明确地告诉被代理人是否承认无权代理行为。催告不得采用默示方式，因为在许多情况下被代理人不一定知道无权代理行为已经发生，相对人如不明示催告，被代理人就不可能追认。

3. 向谁催告的问题

民间借款合同中的相对人必须向被代理人催告，用书面或口头形式向被代理人明确表达要求追认借入或借出的意思。必须向被代理人催告不一定要求相对人面对面向被代理人催告。如果相对人委托他人直接找被代理人催告，这种受托代理催告则应许可。有的相对人认为无权代理人对借款合同效力负有责任，遂向无权

代理人催告追认，结果找错了“对象”，造成催告无效力。还有的相对人委托原无权代理人向被代理人催告，对这种做法虽无明文禁止，但容易产生许多弊端，如无权代理人自知有错，口头答应催告，实际上不去催告，或者被代理人追认后不告知相对人等情况的出现。

在实践中，还有一个问题值得注意：当民间借款合同为实践合同时，无权代理人以借款人名义从贷款人处取得借款已经交付给借款人并说明了代借，借款人已经收取借款的，说明借款人在事实上已经追认了无权代理行为。对这种情况，贷款人不必再行使催告权，因为贷款人行使催告权的目的是获得被代理人的追认，借款人收取借款已经在事实上作了追认。

四、追认权的行使

追认，是指在无权代理行为发生后，被代理人单方向相对人表示确认无代理权行为有效的一种法律行为。追认是无权代理的补救措施，追认权是被代理人的权利。民间借款活动中的被代理人行使追认权应当注意以下几个问题：

1. 关于向谁追认问题

无论贷款人作为被代理人，还是借款人作为被代理人，只要无权代理的行为人以其名义与他人发生代理借款关系，都有追认权。被代理人在行使追认权时，应当向特定的对象表明承认无代理权人的代理行为，特定对象是相对人。在民间借款的无权代理活动中，具体的特定相对人是：当贷款人作为被代理人时，追认对象是借款人，即被代理的贷款人只能向借款人表示追认；当借款人作为被代理人时，追认对象是贷款人。

在实践中，有的被代理人未向被相对人追认而向无权代理人追认，这种追认代理行为是否有效？这对代理关系来说是有效力

的，能使代理关系成立，但对相对人来说，要视相对人是否知道而定，相对人知道被代理人已向无权代理人追认，且无相反意见，追认应有效，不知道则无效。

2. 关于追认的意思表示问题

被代理人作出的追认行为是单方的法律行为，只要被代理人单方作出追认意思表示，且追认意思表示到达对方，即可产生法律效力。在民间借款活动中，贷款人或者借款人的无权代理人，虽未受托而代理，但其代理行为已被相对人所接受，且就借款内容达成一致意见，所以，相对方的意思表示已经明确，无须再作意思表示。被代理人对无权代理人的代理行为，加以追认，承认了代理行为，该代理行为就对被代理人产生法律效力，故此，无需相对人或者无权代理人的同意。例如，无权代理人以借款人的名义，向贷款人借款1万元，月息20‰，贷款人表示同意。在这里，贷款人已经接受代理行为，且就借款内容达成一致意思，在这种情况下，只需借款人明确表示对代理行为认可，代理关系和借款合同就能成立。如果借款人认为利率20‰太高，降至15‰才同意借入，后来亲自与贷款人协商，达成借款1万元、利率15‰的协议。这不是对无权代理行为的追认，而是双方当事人在原基础上亲自订立的合同，理由是：①追认是无条件的，如果附有条件，则不是追认，上例中利率降至15‰是附条件；②借款人与贷款人后来亲自协商借款，实际上否定了前面的代理关系。

3. 关于追认方式的问题

法律没有规定被代理人采取何种方式追认无权代理行为，既然法律不作限制，追认应为不要式行为，即可采取口头答应形式追认，也可以采取书面形式追认。从民间借款的特点来看，大多数采取口头形式追认，如被代理人为贷款人，贷款人亲自找到借款人，询问是否承认无权代理行为，对无权代理人与其约定的借

款数额、利率、期限是否同意等，借款人口头答应同意，追认也就成立。但书面追认在实践中也存在，如被代理人在远地接到相对人催告追认电报后，寄回书信予以追认。

4. 关于未催告的追认问题

《合同法》第四十八条第二款规定“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。”这一规定赋予相对人的催告权。但是，相对人有了催告权并不排除被代理人的追认权，相对人不行使催告权，被代理人主动向其追认，追认行为有效。例如，借款人为被代理人时，其无权代理人以他的名义向贷款人借款，在贷款人未向借款人催告追认前，借款人主动向贷款人承认代理行为，这时的追认应当有效。

5. 关于追认的法律后果问题

民间借款中的被代理人一旦向相对人追认无权代理行为，就会产生下列法律后果：

①借款代理关系成立。事先，因行为人没有贷款人或者借款人的授权委托而擅自以本人的名义与相对人协议借款，因而与本人不存在代理关系，但一经被代理人追认，代理关系便告成立，无权代理行为获得确定的法律效力。

②无权代理行为自始有效。被代理人一旦追认无权代理行为，不仅使代理关系成立，而且使无权代理行为的效力溯及到发生时，即无权代理行为经追认后自始具有法律效力。如民间借款无权代理行为发生在1月5日，被代理人于2月3日追认，追认后的代理行为生效时间为1月5日，而不是2月3日。

③借款合同生效。无权代理行为使贷款人与借款人的借款合同效力处于待定状态，当被代理人追认后，借款合同效力的待定状态结束，借款合同自无权代理人与相对人订立之日起成立生效，追认后的借款合同的权利义务归属于贷款人和借款人。

五、否认权的行使

这里的“否认”，是指被代理人向无权代理人或相对人表示拒绝承认无权代理行为意思的一种法律行为。否认权是被代理人的一项权利。

前面已经提到过，无权代理借款行为对被代理人可能有利也可能不利。当有利或不利处于不确定状态时，判断权属于被代理人，被代理人认为有利的可以追认，认为不利的可以否认。如甲在外寄钱给在家乡的乙，委托乙将钱存入家乡银行，而乙考虑银行利息低，以高于银行利息将钱借给丙。如果甲认为将钱借给丙，丙缺乏偿还能力，到期可能连本金也难以收回。于是，无权代理人与被代理人的利弊认识发生冲突。在这种情况下，不以无权代理人的认识来确定，而只能以被代理人的意思为准。被代理人认为不利而否认无权代理行为，即使后来证实无权代理行为对被代理人有利，被代理人的否认也有效，只是后来事实上出现的损失由被代理人自己承受。被代理人行使否认权作出拒绝承认，也是一种单方法律行为，一经作出就能产生法律效力，无须无权代理人或者相对人的同意。

在否认民间借款的无权代理行为时，要注意与追认在形式上的相同之处和不同之处。否认与追认都可以采取书面和口头两种形式，但在明示或默示上则不同，追认必须采取明示方式，而否认既可采取明示方式，也可采取默示方式。关于否认可以采取默示方式问题，还要注意《民法通则》与《合同法》两个法律的相反规定。《民法通则》第六十六条第一款规定：“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”这里的“不作否认表示”是一种默示方式，“同意”是追认的意思。根据这条规定，默示即为追认的意思。然而，《合同法》第四十八条第

二款作出相反的规定："被代理人未作表示的，视为拒绝追认。"这里的"未作表示"是默示方式，"拒绝追认"是否认。而且，这条规定没有"本人知道"的条件限制。根据这条规定，不论本人是否知道他人以本人名义实施无代理权行为，如果被代理人未作表示的，就都以否认处理。《民法通则》和《合同法》都是基本法，但《合同法》是后法，根据后法优于前法适用的法则，被代理人对无权代理借款行为采取默示方式的是否认。

被代理人一旦作出否认表示，无权代理行为自发生之日起对被代理人不产生法律效力，由无权代理行为产生的民间借款法律责任由无权代理人和相对人承担。

六、撤销权的行使

这里的撤销，是善意相对人在无权代理合同被追认前，撤回自己对无权代理人已经作出的意思表示的一种法律行为。撤回权是善意相对人的一项权利。

为使双方当事人均有保护自己合法权益的权利，《合同法》在设定被代理人的追认权的同时，也为相对人设定撤回权。如贷款人为相对人时，被代理的借款人对无权代理行为有追认权，那么，贷款人依法也拥有撤销权，于是，民间借款双方当事人在确定无权代理合同效力上有平等的权利。《合同法》设定相对人的撤销权，使相对人与本人能有同等机会来确定无权代理合同效力的机会，使相对人不至于被动地依赖被代理人的追认或否认。

民间借款活动中的相对人行使撤销权，根据《合同法》第四十八条第二款中"合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利"的规定，必须同时具备两个前提条件：

一是无权代理人与相对人所订立的民间借款合同未被被代理人（本人）追认之前。如果被代理人已经追认无权代理人所订立

的民间借款合同，该合同已经发生法律效力，相对人丧失撤销权，不得再行撤销。这里有个问题值得探讨，即相对人催告后，在催告期间内是否可以行使撤销权。有人认为，相对人的催告权并不排除撤销权，在催告期间可以撤销无权代理合同；也有人认为，相对人既已催告追认，在催告有效期内又作出撤销，出尔反尔，不符合诚实信用原则。我们认为，在催告期间内相对人撤销无权代理合同，并不违背诚实信用原则，理由是：①在无权代理的情况下，被代理人并没有与相对人就民间借款问题达成一致意见，不存在诚实信用问题。相对人发出催告虽在某种意义上承认无权代理行为，但考虑承认无权代理行为会对自己不利，在对方未追认前，仍可利用撤销权来保护自己的利益；②相对人虽已催告，但在被代理人没有追认前，无权代理合同效力仍处于待定状态，此时，相对人完全有权决定该合同的效力；③基于上述两个理由，《合同法》规定“合同被追认之前”相对人有撤销权，未规定催告期届满后才可撤销。

二是相对人在与无权代理人订立民间借款合同时必须是善意的。这里的善意排除两种恶意，即以损害被代理人利益为目的，而与无权代理人订立民间借款合同的恶意和明知对方无代理权而与之订立民间借款合同的恶意。如果相对人具有这两种恶意，就不得行使撤销权。因此，撤销权是善意相对人的权利。

相对人撤销自己向无权代理人表示借出或者借入的意思，应当以通知的方式作出，即采用明示方式。相对人的撤销行为也是单方行为，一经向无权代理人和被代理人作出，借款合同就不产生法律效力。

七、无权代理的责任归属

（一）责任归属的两种情况

民间借款中的行为人，没有法律确认的正当理由，擅自以被代理人的名义，向相对人借出或者借入，视被代理人是否追认分两种情况确定责任归属：一是被代理人追认无权代理行为的，代为借入或借出的法律责任归属于被代理人，即提供借款的责任归属于贷款人，还本付息的责任归属于借款人，这种责任归属实际上是有效民间借款合同的责任归属；二是被代理人否认无权代理行为的，按照《民法通则》第六十六条、《合同法》第四十八条和《审理借贷意见》第十四条的规定，由行为人自己承担责任。行为人所要承担的责任实质是赔偿责任。行为人无权代理行为可能会给相对人造成损失，也可能会给被代理人造成损失，故请求赔偿人是相对人和被代理人。如果被代理人是贷款人，且因无权代理行为致使其已经提供了借款的，无权代理人负有返还借款本金和赔偿利息的责任；如果贷款人没有提供借款，但为了履行合同而准备资金有利息损失的，无权代理人负有赔偿利息损失的责任。

（二）责任归属无权代理人的构成条件

行为人实施无权代理行为，无权代理合同处于待定状态以及被代理人追认等原因，法律责任不一定都归属于无权代理人。民间无代理权借款的责任归属于无代理权人必须同时具备以下四个基本条件：

1. 无权代理人与相对人就借款问题协商一致

无论是诺成借款合同，还是实践借款合同，都必经要约、承诺两个阶段才能成立。无权代理人与相对人就借款问题处于要约阶段，即使无权代理行为已经发生，因相对人未作承诺，借款合同尚未成立，无权代理行为在事实上未产生损害后果，故无权代

理人不需承担赔偿责任。但相对人一经承诺，与无权代理人就借款内容达成一致意见，借款合同成立，此后，无权代理人才有法律上的责任。

2. 被代理人否认无权代理行为

无论被代理人采取明示方式或者默示方式，只要拒绝承认无权代理行为，该借款合同不生效，由此造成相对人的损失，不能归责于被代理人，也不能归责于相对人，因而只能由无权代理人承担。如果被代理人予以追认，无权代理转化为有权代理，借款合同的责任自然有了归属，代理人不需承担原先无权代理行为的责任。

3. 相对人行为是善意的

善意的相对人在未追认前，对无权代理行为不承担任何责任。但是，相对人明知行为人无权代理或者以损害被代理人利益为目的而与无权代理人订立借款合同，对这种恶意行为造成被代理人损失的，相对人和无权代理人负连带赔偿责任。由此可见，把"相对人行为是善意的"作为无权代理人承担责任的条件，并不免除恶意情况下相对人和无权代理人对无权代理行为所要承担的赔偿责任。

4. 已经给相对人或者被代理人造成损害。

（三）相对人与无代理权人的连带责任

《民法通则》第六十六条第四款规定："第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。"在这里，第三人是指相对人，行为人是指无权代理人。从这条规定中可以看出，相对人明知行为人无权代理还与其订立借款合同，属恶意行为，那么，民间借款活动中的相对人与无权代理人负连带责任，只是在相对人恶意的情况下的法律责任。

第四节　表见代理在民间借款中的适用

《合同法》第四十九条规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。"这一规定确立了表见代理制度。这里阐述表见代理在民间借款中的理解和适用。

一、表见代理的基本含义

民法理论上的表见代理，是指对于行为人的无权代理行为，善意相对人有理由相信其有代理权，因而可使被代理人承担有效代理后果的一种特殊代理形式。表见代理本身因未得到授权而仍属无权代理，但是一种特殊形式的无权代理。这个"特殊"性的作用是使无权代理被认定为有效代理。例如，婆媳两人分家后仍相处很好，儿媳在外地患重病住院缺钱治疗，婆婆在儿媳没有委托的情况下，主动向邻居说明代儿媳借一笔有息借款用于治病，取款后为儿媳交付了住院费。此例中，婆婆代儿媳的借款行为，虽然没有得到儿媳授权委托属无代理权行为，但符合表见代理要求，借款合同对儿媳有效，儿媳应当承担还款付息责任。从上例也可以看出，法律设立表见代理制度，对善意相对人合法权益的保护，对经济流转的安全和便捷，都有一定的意义。

二、表见代理在民间借款中的构成要件

表见代理的前提是行为人无代理权。要使无权代理行为成为有效代理行为，只有两条途径，一是被代理人追认，二是符合表见代理条件。某一无权代理行为，符合表见代理要件，不经追认也为有效代理行为，如果既不为被代理人追认，又不构成表见代

理，就会无效。某一无权代理的借款行为是否构成表见代理，关系到无权代理所订立的借款合同是否有效问题，如果构成表见代理，无权代理人不承受借款合同所规定的权利义务，而由贷款人和借款人承受，因此，认定某一无权代理借款行为能否构成表见代理，必须有严格的条件限制。根据《合同法》第四十九条的规定和法理的基本要求，无权代理的民间借款行为只有同时具备以下四个条件，才能构成表见代理：

1. 无权代理而实施代为借出或者借入的行为

《合同法》第四十九条规定的“行为人”，在民间借款表见代理中有两种人，即代为借出人和代为借入人。这两种人没有贷款人或者借款人授予的代理权，或者超越代理权，或者代理权终止后，以被代理人的名义与相对人订立民间借款合同，这是表见代理的前提条件。如果代理人有代理权，就不存在表见代理问题；如果无权代理人没有实施无权代理行为，则表见代理无从谈起。

2. 作为相对人的贷款人或者借款人有理由相信行为人有代理权。

这是表见代理的实质要件。在这个条件中“理由”是关键问题，且“理由”要达到足以使相对人相信的程度。如上例中，婆媳关系很好，且儿媳确实患病住院缺钱治疗，就是贷款人确信婆婆有权代理的事由。在民间借款活动中，可使相对人相信行为人有权代理的理由比较多，如行为人虽无权代理，但与被代理人有血缘、亲属、夫妻、恋人等关系，行为人向相对人表示代理意思，就会给相对人相信行为人是为被代理人借出或者借入，相信借款是被代理人的意思表示。

3. 借款内容和代理行为表面形式合法

除无权代理这一缺陷外，表见代理要求，行为人与相对人实施的借出或者借入的行为，应当符合法律规定，如意思表示真实、

借款利率不超过法定限度、借款用途正当等。如果借款合同内容本身违法，表见代理则无法成立。此外，代理表面形式具备一般条件，如以被代理人名义进行，代理人有民事行为能力等。如果代理行为本身连表面形式条件都不具备，就不能对被代理人有效，表见代理无从谈起。

4. 借款相对人在主观上必须善意且无过错

表见代理对相对人的善意有两点要求：一是不知道或者不应当知道行为人无权代理；二是没有故意损害被代理人的利益。两个要求结合起来的基本含义是：相对人不知道或者不应当知道行为人无代理权又不以损害被代理人的利益与行为人订立民间借款合同。如果相对人明知或者理应知道行为人无代理权仍与其订立借款合同，不构成表见代理。例如，甲乙系兄弟关系，甲乙丙三人又系邻居，甲是村里有名的赌徒，向邻居丙提出代其弟乙借钱，而其弟乙比较富裕并不缺钱，丙轻信甲的话，将钱交给甲，甲拿去用于赌博。这个例子中的无权代理不能构成表见代理，理由是：甲与丙是邻居，丙应当知道甲是个赌徒，甲的代借行为有假较为明显，丙也应知道。表见代理不仅要求借款相对人善意，而且要求无过错，也就是说，借款相对人对自己在不知道或者应当不知道行为人无权代理问题上没有过错，而有充分的理由相信行为人有代理权。如上例婆婆为儿媳治病而代借，贷款人有理由相信婆婆有代理权。而丙接受甲的代借行为的例子，丙存在过错，因为丙与乙及甲是邻居，只要了解一下，就能知道乙是否需要借钱，有无委托丙代借的情况，且丙应当知道甲是赌徒，而丙作为相对人误听误信甲的话，在知道和应当知道上存在过错，不构成表见代理。

三、民间借款适用表见代理的几种情况

根据《合同法》的规定和司法实践的经验，民间借款适用表见代理主要有以下几种情况：

1. 本人曾表示委托他人借入或者借出的意思，但事实上未委托。

例如，甲乙丙三人系战友关系，在一次战友会上喝酒时，丙对全桌战友（包括甲乙在内）说：自已想盖房子缺一部分钱，要求在桌的战友今后借给一点，也可以为其代借一点。过一段时间，丙开始建房，乙误认为丙在酒桌上已经委托自己代借，便到甲处说丙已开始建房，代丙借一笔钱，甲当场同意并提供了借款。在这里，丙在酒桌上对不特定人说为其代借是曾经有过委托的意思表示，且丙确已开始建房，此时，甲确有理由相信乙是为丙代借的，故能构成表见代理。如果丙在酒桌上直接对乙说，托其为自己代借，则不能按表见代理论处，而是事实上已经直接委托。

2. 本人将有表达代理意义的信件、印章交予行为人，行为人据此与相对人发生借款关系。

本人虽然没有委托行为人代为借出或者借入的明确意思表示，但将有着代理意义的信件、个人印章、单位公章交付给行为人，善意的行为人据此推断可以代理，为了本人的利益，实施了无权代理行为，代本人借出或者借入，也能构成民间借款的表见代理。例如，本人在外经商，写信给朋友，叙说有生意能挣钱但缺周转资金，如果能够借到一笔钱，就能挣到更多的钱。这封信本来是本人向朋友介绍在外经商情况，并没有委托朋友代其借款。该朋友出于好心，分析认为，本人此信有着请自己为他代为借款的意思，于是，从他人处代其借得一笔资金寄给本人。这封信虽无明确的委托借款话语，但流露出委托借款之愿，故可认定行为

人的代借行为构成表见代理。

3. 本人允许行为人以自己的名义借款又明知由行为人使用而不反对。

在实践中，经常出现这么一种情况：行为人自己缺钱需要借款但无人愿意借给他，而本人名声较好，以本人名义能借到钱，行为人请求以本人名义借款，本人虽未委托，但允许行为人使用其名义，然后行为人以本人名义借取金钱后归自己使用。对这种行为，贷款人向名义借款人催告追认的，名义借款人承认的，构成有效代理。如果不予追认或者未作追认表示的，我们认为，不能适用《合同法》第四十八条第二款规定作否认认定而对名义借款人免责，应当认定构成表见代理，但行为人与名义借款人承担连带责任。

4. 在被代理人有过失的情况下，行为人超越代理权限借款。

被代理人与代理人明确约定代理权限，但未告知相对人，使善意且无过错的相对人不知代理权限，这是被代理人的过错。在这种情况下，代理人超越代理权限实施代理借款行为，对超越部分，也不宜适用《合同法》第四十八条第二款的追认规定，而应当适用第四十九条的表见代理规定。例如，借款人委托代理人向贷款人借款 1 万元，而借款人只告知贷款人自己已委托代理人去代借，未告知仅借 1 万元，结果代理人代借款人借了 1.5 万元，超出代理权限 0.5 万元，对这 0.5 万元适用表见代理。

5. 常为本人的代理人代理权终止后未告知相对人，原代理人继续以被代理人名义借款。

代理权终止，代理人丧失代理权，在这种情况下，原代理人仍与相对人发生民事行为，应当适用《合同法》第四十八条追认规定。但是，经常为本人向相对人代理借款的代理人，代理权终止后，被代理人未将代理终止的情况告知相对人，致使相对人相

信原代理人仍有代理权的，构成表见代理。例如，借款人委托代理人到贷款人处先后借了5笔借款，此后，借款人告知代理人今后不再向该贷款人借款，但未告知贷款人（本人有过错），当代理人向善意且无过错的贷款人代借第六笔借款时，就可认定第六笔借款是表见代理行为。

在民间借款活动中，以上几种情况是常见的表见代理，当然还有其他情况的表见代理，这里不作详述，实践中要以四个要件为标准来判断。

第五节　民间借款中的复代理

民间借款中的复代理，适用《民法通则》第六十八条的规定。该条规定："委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。"根据这条规定，下面分析民间借款中的有关复代理问题：

一、复代理的基本含义

民法上的复代理，是指委托代理人以自己的名义选定他人作为本人的代理人来处理代理权限内的全部或一部事务，他人代理行为的法律效果直接由本人承受的一种代理。在民间借款活动中，有出借复代理和借入复代理两种情况。例如：在外务工的甲有一笔钱存放在家乡朋友乙处，委托乙收取一定的利息出借这笔钱；乙因找不到合适的借款人，使这笔钱闲置无息可收，便征得甲的同意，以乙的名义，委托丙出借；丙以甲的名义将这笔钱以月利率

10‰借给了丁。这是一个出借复代理的例子。在这个例子中，甲是出借的被代理人，乙是出借的代理人，丙是出借的复代理人，丁是借款人。在民间借款的复代理中存在着三个法律关系，即被代理人（贷款人或者借款人）与代理人的委托代理关系、代理人与复代理人的复代理关系、贷款人与借款人的借款法律关系。因而，复代理的民间借款合同比一般代理借款合同要复杂一些。

二、复代理的构成要件

1. 委托代理关系必须已经依法成立

这是个前提条件。在理解这个条件时要注意两个问题：一是代理是指委托代理，不包括法定代理和指定代理；二是无权代理因代理行为发生时代理关系尚未依法成立，故不可转托而产生复代理。如上例中，如果甲虽有钱存在乙处但未委托乙出借，甲与乙未成立委托代理关系，乙未取得代理权，就无转托他人代理的权利，那么，复代理就无从谈起。

2. 必须以为被代理人利益为目的

复代理由转托产生，转托必须以为被代理人的利益为目的，否则，转托和复代理都不能成立。如上例中的乙把出借代理权转托丙，是为了不使甲的资金闲置。乙为了甲取得利息而转托，符合甲的预期利益。如果乙转托丙无息出借，或者明知丙会将钱借给毫无偿还能力的丁而转托，则具有恶意，转托无效，不能构成复代理。

3. 除紧急情况外，代理人选任复代理人必须经被代理人事先同意或者事后追认

代理人是为了被代理人利益的需要而转托他人代理的，但转托是否对被代理人有预期利益，只能由被代理人自己判断，故代理人在转托时选任复代理人要征得被代理人的同意。如上例中的

乙，为了使甲的闲置资金出借收取利息而转托丙代为出借，如果甲认为丙是个负债累累的人，托他出借他会自己挪用到时要不回，甲不同意转托，那么，复代理就不能成立。代理人事先未征得被代理人的同意，已经选任复代理人，此时的转托效力处于待定状态，如果事后得到被代理人追认的，复代理关系就成立。

4. 代理人必须以自己的名义选任复代理人

复代理是建立在转托基础上成立的，而转托是代理人的权利，即将自己已经取得的代理权转移给他人行使，因而代理人只有以自己的名义为被代理人选任复代理人，复代理关系方可成立。如果代理人以被代理人的名义为被代理人选任所谓的复代理人，实际上是代理人代理被代理人寻找又一个代理人，对此，被代理人事先同意或者事后追认，此种代理有两个代理人，于是构成共同代理，而不是复代理。如上例的乙，如果以甲的名义找丙代理，乙和丙共同成为甲的代理人，只有乙以自己的名义选任丙为复代理人，此例的复代理关系才能成立。

5. 代理关系必须仍然存在

前面说过，代理关系是被代理人与代理人的代理关系，而复代理尽管需要被代理人同意或追认，复代理的法律效果由被代理人承受，但复代理仍是代理人与复代理人的关系，因此，复代理关系的产生并不消灭代理关系，两个关系同时存在。如果代理人选定他人代替自己行使代理权，同时与被代理人消灭代理关系，这是代理权转移。如果乙征得甲的同意，自己退出借款代理关系，将出借代理权转移给丙，丙不是复代理人，而是代理人。此外，复代理权来源于代理权，这一来源所产生的后果，一是复代理权限不超过代理权限，如果甲委托乙出借1万元，丙不应有代理出借1.1万元的权利；二是代理权消灭，复代理权随之消灭，如果甲在金钱未出借前取消委托而使乙的出借代理权消灭，那么，丙的复

代理权也消灭，不得再行将甲的钱出借。

6. 复代理人必须以被代理人的名义与相对人订立借款合同

代理行为和复代理行为一样，所产生的法律效果由被代理人承受，因此，必须以被代理人的名义与相对人订立借款合同。如果复代理人以代理人的名义与相对人订立借款合同，该合同的效力不及被代理人，相关的借款权利义务归属于所谓的代理人和复代理人。

三、复代理行为法律效果的归属

民间借款复代理行为所产生的法律效果可分三种情况来确定归属：

一是合法有效的复代理行为所产生的法律后果，直接由民间借款代理关系中的被代理人承受：提供借款的义务由贷款人承担，收回借款和取得利息的权利由贷款人享受；还本付息的义务由借款人承担；代理人和复代理人不承受借款合同中的任何实体权利义务。

二是转托行为未经被代理人同意或追认，使复代理缺乏要件不能成立的，可视为代理人与所谓的“复代理人”之间的一个独立的代理关系，被代理人对“复代理人”的行为不承担责任，而由代理人向相对人承担责任。如上例的甲如果未同意或否认乙的转托行为，不负丙与丁订立借款合同中提供借款的义务，由代理人乙向丁承担提供借款义务。

三是在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的，即使事先未取得被代理人的同意或者事后未得到被代理人的追认，也被视为合法有效的转托，复代理行为所产生的法律效果仍由被代理人承受。

什么情况属于《民法通则》第六十八条的“紧急情况”?《贯

彻民法通则意见》第80条的解释是：由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的情况。

四是委托代理人转托他人代理，没有按照《民法通则》第六十五条规定的条件办理转托手续，致使转托不明，相对人直接要求被代理人赔偿损失，被代理人赔偿损失后，要求委托代理人赔偿损失，转托代理人有过错的，应当负连带责任。认定这种连带责任要注意三个条件：一是转托不明，二是被代理人已经赔偿损失，三是转托代理人有过错。具备这三个条件，委托代理人和转托代理人才能承担因转托不明所产生的连带责任。

第六节　与代理借款相关的连带责任

上面已经阐明，合法的明确的民间代理借款行为所订立的借款合同，其法律效果归属贷款人和借款人，代理人不承担实体权利义务。但是，当委托代理行为出现违法或者不明确时，贷款人、借款人、代理人就有可能相互之间承担连带责任。

一、连带责任的含义和特点

民法上的连带责任，是指两个或者两个以上的债务人分别就共同债务对债权人承担全部清偿债务的法律责任。在民间代理借款活动中，由于借款当事人或者代理人作出违法行为，或者委托授权不明确，致使代理借款的责任不能只归属某一方当事人时，有关人相互之间就有可能对借款的清偿或者对所造成的损失的赔偿产生连带关系，负有连带责任。

连带责任有以下两个特点：

一是任何一个债务人都负有履行清偿全部债务的义务。在贷款人、借款人和代理人中，无论哪两个人为连带责任人，只要被确认为有连带关系，其中每个连带责任人不分份额地都负有清偿全部债务的义务。例如，债务数额为5万元，借款人和代理人为连带责任人，借款人和代理人都负有清偿5万元的债务。作为债权人的贷款人可以向借款人请求清偿5万元债务，也可以向借款人的代理人请求清偿5万元债务，还可以同时向借款人和代理人主张清偿5万元债务。

二是其中一个连带责任人已清偿的债务对另一个连带责任人免除对债权人的债务。每个连带责任人都负有清偿全部债务的义务，并不是同一连带债务的相加，如上例债务5万元，有两个相互连带的责任人，但并不是5万元加5万元等于10万元，而是每个连带责任人共同的债务为5万元。因而只要其中一个连带责任人清偿了全部债务，该债权债务关系消灭，另一个或者另一部分连带责任人不再对债权人承担清偿该债务的责任；如果其中一个连带责任人清偿了一部分债务，另一个或者另一部分连带责任人就已清偿部分对债权人不负连带责任，但就未清偿部分对债权人仍负连带责任。如上例，如果借款人清偿了2万元，对留下的3万元，借款人和代理人对债权人仍负连带责任；已清偿的2万元，在借款人和代理人之间不再存在连带责任关系，而是以过错大小为原则确定按份责任。

二、代理借款的五种连带责任

根据《民法通则》及贯彻意见的有关规定，民间代理借款关系中有五种连带责任，下面分别进行阐述：

1. 因无代理权产生的连带责任。

2. 因转托不明产生的连带责任。

以上两种连带责任在上面有关章节中已作说明，这里不再赘述。

3. 委托书授权不明所产生的连带责任

按照《民法通则》第六十五条第二款规定，书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称，代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。然而，在民间借款活动中，由于代理制度的不健全和民间借款委托手续不规范等原因，不少委托人在委托时授权内容不明确。例如，甲在外地写信给朋友乙，信中写到："寄上1万元钱，托你处理好，不要丢失。"乙收到1万元钱后，认为"处理好"是甲委托其处理，可以存银行，也可以出借，于是将该笔款出借给丙。甲回乡后向乙要钱，乙说受其委托已经出借，且丙暂无能力归还这笔借款，而甲说只托其保管好不要丢失，没有委托乙出借。此信属书面委托授权是无疑的，但委托乙出借还是委托乙保管却不明确，属委托授权内容不明确。

在委托授权不明确的情况下，行为人有无代理权尚未肯定，在这种情况下，代理人就进行代理活动，事后又未得到被代理人的追认，主观上有过错，这是委托授权不明确所产生连带责任的条件之一。二是被代理人对代理人的代理行为产生异议，如上例，甲认为是委托保管，对乙代理出借表示反对。如果乙的代理出借行为事后得到甲的追认，则构成有效代理，乙某不承担连带责任。三是造成了被代理人的损失，如上例，如果出现了丙不能清偿借款，造成甲的钱不能按时收回的损失后果，代理人乙和借款人丙则负连带清偿债务责任。如果丙已经归还借款，没有造成被代理人的损失，代理人乙则不承担连带责任。

上例说明，委托授权不明的，由借款人承担还款责任，代理人承担连带责任，是一种适用于出借代理行为的情况。另一种情况是，委托书授权不明的，由被代理人向第三人承担民事责任，代

理人承担连带责任，这种情况适用于借入代理行为。借款人委托他人借款，代理人在委托授权不明的情况下，进行代理活动造成贷款人损失的，由借款人向贷款人承担还款责任，代理人承担连带还款责任。

4．代理人和第三人串通所产生的连带责任

在民间借款活动中，代理人和第三人串通主要有两种情况，即贷款人与借款人的代理人串通和借款人与贷款人的代理人串通。

在通常情况下，贷款人与借款人的代理人串通，借款人不承担由此产生的法律责任，也不与其代理人一起承担由此产生的连带责任。因为，借款合同的成立生效，通常由贷款人先履行提供借款义务，两者串通所造成的损失往往是贷款人的损失，由此产生的责任归咎于贷款人自己和借款人的代理人。如果贷款人与借款人的代理人串通，以借款人的名义订立借款合同，而借款实际上由借款人的代理人使用，归还借款的责任就由代理人（实际使用人）承担，借款人不承担还款责任。但是，在诺成性民间借款合同中，贷款人与借款人的代理人串通，致使借款人不能得到借款合同约定的借款，并造成损失的，贷款人和借款人的代理人对借款人造成损失的赔偿应当承担连带责任。

在民间借款活动中，多见的是贷款人的代理人与借款人串通，以损害贷款人的利益。例如，贷款人委托其代理人出借1万元，借款人只需借款1万元，也只有1万元的还款能力，而代理人利用代理权要挟借款人，要求借款人借款后分给他一份才同意代为出借，否则不借；借款人为了取得借款便提出，如果代理人能够说通贷款人借给自己2万元，便分给代理人一万元；代理人同意借款人的意见，在贷款人面前谎称借款人还款能力强，借给2万元不成问题，致使贷款人同意委托其向该借款人出借2万元。然后，借款人与贷款人的代理人各分一万元。此案是否可以以实际使用

数额承担按份责任呢？笔者认为，借款人与贷款人的代理人串通，主观上具有共同恶意，为了充分保护贷款人的合法权益，应当按照《民法通则》第六十六条第三款规定，由借款人与贷款人的代理人承担连带责任。

代理人的职责是为被代理人谋取利益的，但代理人和第三人串通，损害了被代理人的利益，滥用了代理权，违反了代理职责，故应当与第三人承担连带责任。但认定这种连带责任要注意以下几个条件：

（1）代理人和第三人都有损害被代理人的共同故意。如果只有一方故意，而另一方上当受骗或者麻痹大意而损害了被代理人的利益则不构成连带责任。例如，贷款人的代理人以贷款人的名义与借款人订立1万元借款合同，而向贷款人虚报出借2万元，将另1万元占为自己使用，借款人对此毫无所知，则谈不上串通和共同故意，故构不成代理人和借款人的连带责任。

（2）串通行为已经实施并造成被代理人利益的损害。这个条件有两个内容：一是代理人和第三人的串通行为已经实施，如果仅是口头上商议尚未实施的，则不可能损害被代理人的利益；二是损害了被代理人的利益，这是实施串通行为所造成的后果，无此后果则不承担责任，当然也就谈不上连带责任问题。如上例，就有两个过程一种结果，即贷款人的代理人与借款人口头协商，然后实施骗取借款行为，结果造成贷款人的出借款项不能按时收回。当两个过程实施完毕，一种结果出现时，串通的连带责任即告成立。

（3）串通行为与损害结果有着因果关系，即被代理人的利益受到损害是由于代理人与第三人串通行为所造成的，串通行为是原因，被代理人利益损害是结果，且两者具有必然联系。

5. 违法行为所产生的代理责任

《民法通则》第六十七条规定："代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人和代理人负连带责任。"委托授权的事项必须是合法的事项，代理行为只能是合法行为。这里所谓的"违法"有两种情况，即委托代理事项违法和代理行为违法。这两种情况的违法，都以"知道"为条件，由被代理人和代理人负连带责任。

关天民间借款委托代理事项违法问题。在民间借款活动中，委托代理事项违法主要表现于出借款项和借款用途违法。出借款项违法是指贷款人委托出借的款项是非法取得的，如出借资金是赌博赢得、盗窃取得、贩毒赚得、诈骗获得等。非法所得的款项所有权不属持有人的，一旦发现即被追回，故持有人不得出借。持有人作为贷款人将这些非法所得甚至犯罪赃款委托他人出借，属委托事项违法，如果代理人明知而接受委托代为出借，就有庇护非法财产、帮助犯罪人转移赃款之嫌疑，故这种借款行为及代理行为都是无效的，由此造成借款人损失的，由代理人和被代理人承担连带责任。借款用途违法主要是指借款人将所借取的款项用于违法犯罪活动，如将借款用于赌博、吸毒、贩毒等。被代理人和代理人明知借款人借款用于违法犯罪活动而自愿为其代借的，由代理人和被代理人承担连带责任，且有可能涉及刑事责任问题。

关于民间借款代理行为违法问题。代理行为违法表现多种多样，如代理人接受借款人委托后，为了借款人取得借款，采取欺诈、胁迫、要挟等手段，迫使贷款人违背真实意思的情况下将钱借给借款人。代理行为违法所产生的连带责任有两个特定条件：一是被代理人"知道"代理人的代理行为违法；二是被代理人对违法代理行为不表示反对。如果被代理人不知道代理行为违法就无

法表示反对，故“知道”和“不表示反对”联系起来才能构成一个完整的条件。

三、代理借款连带责任人的责任承担

民间借款代理关系中的连带责任人承担民事责任的方式主要是以给付金钱为内容的返还借款和赔偿损失。确定代理借款连带责任及其承担方式，使受害人的经济损失得以补偿，同时有利于代理借款纠纷的正确解决。

因代理关系产生的连带责任涉及内部按份责任和外部连带责任两种情况，下面分别予以阐述。

（一）对外部连带责任的处理

外部连带责任是两个或者两个以上的连带责任人就同一债务对受害人所要承担的责任。在代理关系的外部连带责任中，受害人有权向所有连带责任人主张权利，也有权选择其中一个或一部分连带责任人主张权利。

当受害人起诉所有连带责任人时，所有连带责任均为被告，人民法院就同一债务（返还借款、赔偿损失）在全额补偿受害人损失的前提下，可有两种判法：一是可以判令所有连带责任人负连带责任，即每个连带责任人都负有全部清偿该债务的责任。在执行程序中，人民法院可以对任何一个连带责任人采取金钱给付的执行措施，直至执行完毕为止。人民法院也可以判令各个连带责任人就平均分担的债务对债权人承担连带责任。这两种判法均不考虑连带责任人内部的过错大小和责任大小问题，只是考虑满足受害方的损失。

当受害人只对一部分连带责任人起诉主张权利时，判令已被起诉的连带责任人承担全额债务责任，至于已被起诉或执行的连带责任人与未被起诉和未被执行的连带责任人之间的责任争议是

其内部问题，这里不予考虑，但可以另行协商或提起诉讼解决。

（二）对内部按份责任的处理

内部按份责任是连带责任人与连带责任人之间按照过错大小而确定的各自的责任。内部按份责任是根据过错程度、非法所得多少而确定的，连带责任人之间不再有连带责任。如果连带责任人能够确定内部各自承担责任的份额，并向受害人清偿的，那么，内外两种情况的责任就都能解决。如果内部各自按份责任落实后，并与受害人达成有法律效力的调解协议的，各个连带责任人就只能就自己的份额对受害人承担清偿责任，连带责任人相互之间不再对受害人承担连带责任。

第七节　民间借款中的代表行为

《合同法》第五十条规定："法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。"这条规定解决了超越权限的代表行为的效力问题，代表行为也适用民间借款合同。

一、代表与代理的区别

这里的"代表"，是指一个自然人的行为在法律上直接被视为一个法人或者其他组织的行为的现象。这里的"自然人"为代表人，法人或者其他组织为本人。有学者认为，法定代表人或者负责人的行为是一种职位代理行为，适用代理的法律规定，因而，超越权限订立的合同经法人或者其他组织的追认才有效力。但是，从《合同法》的规定来看，代表显然不同于代理，两者的主要区别有：

在代表行为中，代表人与本人之间是法定代表人与法人、团

体成员与团体之间的关系，即组织内部关系，两者可在行使职务时视为同一主体；而在代理关系中，代理人与本人是外部关系，代理人与本人各自为人格独立的主体。

代表人的行为为本人所吸收，也就是说，法定代表人或者其他组织负责人的行为实质上是法人或者其他组织的行为；而代理行为不是本人行为，只是代理行为的法律效果由本人承受而已。

代表行为适用范围涉及法律行为、事实行为和侵权行为，而代理行为的适用范围仅涉及法律行为。

二、代表行为在民间借款中的存在及条件

法人和其他组织与自然人之间可以进行借款活动，为民间借款中存在代表行为提供了前提条件。法人和其他组织的经济活动是由法定代表人或者负责人进行的，如果法定代表人或者负责人与自然人订立民间借款合同，就会存在代表行为，而且代表行为不论有无超越权限，对对方的自然人都是有效的。

代表行为在民间借款活动中的出现和存在，应当具备以下三个特定条件：

一是必须也只能一方当事人是法人或者其他组织。如果民间借款合同的双方当事人都是自然人，则不存在代表行为；如果双方当事人都是企业法人或者其他组织，则民间借款合同无效，代表行为虽然发生但亦属无效。由此可见，民间借款活动中的代表行为要求一方当事人必须是法人或者其他组织，也只有一方当事人是法人或者其他组织。

二是代表行为人只能是法人的法定代表人或者其他组织的负责人。代表行为是一种职务行为，法定代表人或者其他组织负责人是一种职务，因而其行为是因职务而产生的代表行为。代表行为人以本法人或本组织名义与自然人订立民间借款合同，是代表

本法人或本组织与自然人发生借出或者借入关系的，相关的权利义务归属于本法人或者本组织。法人或者其他组织中的其他成员未得到授权，而与他人发生民间借款关系，不是代表行为。

三是代表行为人必须以本法人或本组织名义借出或者借入。这一点与代理行为相同。这里的本法人是指代表行为人所在的法人企业，本组织是代表行为人所在的组织。如果行为人以自己的名义或者以他人的名义与相对人订立民间借款合同，是自己行为或者代理行为，而不是代表行为。

三、代表行为的效力问题

法定代表人是代表法人行使职权的负责人，其他组织负责人也是代表本组织行使职权的人，法定代表人行使职权的行为就是法人的行为，其他组织的负责人行使职权的行为，就是该组织的行为，因此，法定代表人和其他组织的负责人以本法人和本组织的名义与他人订立民间借款合同，不需要本法人和本组织的追认而直接有效，且不论是否超越权限均为有效。

代表行为超越权限，在通常情况下有效，但是，在订立民间借款合同的过程中，相对人知道或者应当知道法定代表人或者其他组织负责人超越权限而仍与之订立借款合同的，主观上具有恶意，该借款合同就不具有法律效力。例如，非本厂职员的厂长亲戚向厂长要求厂里借 5 万元钱给他，厂长告诉他按厂里的规定自己只有 3 万元以下的出借权，而该亲戚坚持要借 5 万元，厂长碍于面子批准借给 5 万元。《合同法》规定超越权限的代表行为为有效行为，目的是考虑相对人在不知道也没有义务知道法定代表人或者其他组织负责人内部规定的权限如何的情况下保护交易安全和相对人的利益，然而，上例中的亲戚已经知道借款数额越超厂长的权限而利用厂长的权力与厂里发生借款关系，主观上具有恶

意，违背有效代表行为的立法精神。

代表人实施无效的代表行为而与自然人订立民间借款合同，该合同无效，由此造成的法律后果由代表人自己承担。



第六章 民间借款之债的转移

第一节 概念和特征

民法上债的转移，又称债的转让，是指债权人或者债务人将债权或者债务全部或者部分转让给第三人的行为。债的转让是债的主体变更，即当事人变更，由新的债权人代替原来的债权人承受债权，或者新的债务人代替原来的债务人承受债务，而债的权利义务内容不发生改变。民间借款之债也是民法上的债，因而也适用《民法通则》和《合同法》有关债之转让的规定。

一、共同法律特征

因民间借款之债也是民法上的一种债，故民间借款之债的转移与通常情况下债的转移具有共同的法律特征。

1. 主体变更而内容不变

债权债务关系成立后，当事人又与第三人协议转让债权债务，于是，产生债的转让法律关系。由于债权或者债务转让给了受让人，债的当事人发生变更，这对民间借款之债的转移而言，会引

起贷款人和借款人的变更，由新的债权人代替原来的贷款人，或者由新的债务人代替原来的借款人。但是，债的转让不会使债的权利和义务的消灭，即债的内容仍然存在。债的内容发生变更，如诺成民间借款合同成立生效后，双方当事人又约定增加或者减少实际交付借款数额，又如已经约定的利率提高或者降低，因主体未发生变更，则不是债的转移。债的转移涉及到新的债权人或者新的债务人，与原债权债务关系以外的特定第三人发生关系；而债的内容变更是债权人与债务人之间的关系，不涉及第三人问题。这个特征要求我们对债的转移与债的变更区别开来，不能混为一谈。

2. 原债仍存在而不产生新债

债的转移使主体发生变更，但原债仍然在转移后存在。如贷款人将债权转移给第三人，第三人接受债权后，就此与借款人发生承受过来的债权债务关系，原债不因转移而消灭。如果原债因转移而消灭又产生新债的话，则是债的更替而不是债的转移。例如，借款人欠贷款人一笔钱，第三人未向借款人交付一批服装，经三方协商，第三人将一批服装日后交付给贷款人顶替借款人的借款。三方就此订立有效合同后，贷款人与借款人的民间借款关系消灭，然后产生第三人与原贷款人之间的交付服装的债的关系，这是债的更替，而不是债的转移。

3. 与第三人协商而涉及当事人

无论债权转让，还是债务转移，出让方必须与作为受让方的第三人协商一致，形成口头或者书面协议，否则债的转移不能成立。债权人或者债务人转让债权或者转移债务，都与对方当事人发生关系，因而还必须通过一定的方式与对方当事人交涉，如债权转让应当通知债务人，又如债务转移必须取得债权人的同意。

二、特有法律特征

民间借款之债虽属民法上的债，但由于民间借款有自己的特点，因而在债的转移上也有自己特有的法律特征：

1. 只涉及金钱之债

因为民间借款的标的物仅为金钱，故此，民间借款之间债的转移仅是金钱之债的转移，不涉及其他财产之债的转移。在实践中，也经常遇到通过金钱之债的转移，实现以物抵债的目的。如上例，借款人通过第三人向贷款人交付服装顶替民间借款之债务，虽然，贷款人转移出去的是金钱之债权，借款人被顶替的是金钱之债务，但是，新的债务人接受的是交付财物之债，因而，这不是民间借款之债的转移，而是债的更替。如果该第三人（新的债务人）也以金钱给付而接受债的转移，则为民间借款之债的转移。

2. 债之转移的当事人是特定的

因为民间借款的当事人必定是贷款人和借款人，且债权人是贷款人，债务人是借款人，所以，民间借款债权转让的让与人必定是贷款人，债务转移的让与人必定是借款人，这个位置不能由他人代替，也不会倒置过来。

三、民间借款之债转移的分类

民法上债的转移，可从两个不同角度进行分类，一是以法律角度分类，二是从内容角度分类。从法律角度可分为依法律行为来实施的债的转移和依法律规定而发生的债的转移；从内容角度可分为债权转让和债务转移，变更债权人的是债权转让，变更债务人的债务转移。

下面以债权转让和债务转移为主题，结合法律行为和法律规定，分析民间借款之债转移的有关问题。

第二节 贷款人的债权转让

《合同法》第七十九条规定，债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人。这是债权转让的法律依据。民间借款债权也是合同的一种权利，故可依此规定进行转让。

一、借款债权转让的基本含义

债权转让，是指债权人与第三人协议，将其债权全部或者部分让与第三人的法律行为。债权转让是债权人与受让人实施的法律行为。债权人将自己的债权转让给第三人，产生债权转让法律关系。在民间借款债权转让关系中，债权人是贷款人，贷款人是债权让与人；第三人接受转让后，是受让人，即新的债权人。如，甲将钱借给乙后，甲将自己的债权转让给丙，丙取代甲的地位成为新的债权人。这里的甲是贷款人、债权让与人，丙是债权受让人，当甲与丙的债权转让协议生效后，甲与乙的债权债务关系消灭。此后，如果债务人乙不履行还款义务，新的债权人丙有权以自己的名义向其催讨，还可以向法院提起追索债权的诉讼。

二、借款债权转让的内容范围

根据《合同法》有关规定，民间借款合同中的债权转让涉及到主债权、从债权和从权利等方面的内容。

《合同法》第七十九条规定："债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人。"这里的"合同的权利"，在民间借款中主要是指借款的主债权——本金。也就是是，贷款人可以将自己的本金债权全部转让给第三人，也可以将本金债权部分转让给第三人。如果借款本金债权已经全部转让出去，则贷款人与借款人

的债权债务关系消灭；如果贷款本金债权部分转让，那么，已经转让部分，对贷款人与借款人来说，这部分债权债务关系消灭，而未转让部分的债权债务关系仍然存在。

《合同法》第八十一条规定："债权人转让权利的，受让人取得与债权人有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。"这里的"从权利"，对民间借款来说，主要是以利息为内容的从债权和因担保所产生的从权利。从权利依附于主权利而存在，主权利转移，从权利随之转移。据此，民间借款本金债权转让后，未付利息和担保权一并随本金转让给新的债权人。在转让本金债权时，没有约定从权利转让或者约定不明确的，应认定受让人取得有关从权利。

但是，在下列情况下不转移从权利：

1. 贷款人在转让本金债权时，已与第三人明确约定不转让未付利息的，未付利息不随本金债权一并转移；

2. 担保权利在通常情况下应当随着主权利的转移而转移，这是保证新债权人实现债权的需要，但是，债权人与受让人明确约定放弃担保和担保合同约定主债权转让担保人不承担担保责任的，该从权利不随主债权转移；

3. 专属于债权人自身的从权利不得随主债权的转移而转移。

上述从权利不随主权利转移的法律依据有：《合同法》第七十九条第（二）项"按照当事人不得转让的"的规定，这项规定虽然对合同主权利转让而言，但此规定精神也可适用从权利不随主权利转移的特别约定；《担保法》第二十二条规定："保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。"

三、借款债权转让的方式

民间借款债权的转让，原则上采取合同方式进行，即由贷款人与第三人协商一致订立债权转让合同。民间借款的债权转让合同可以采取口头形式，也可以采取书面形式，但从证据角度看，订立书面转让合同较为可靠。民间借款债权转让合同是基于民间借款合同而产生的，因而，民间借款合同是其基础合同，但它与基础合同应当相分离，成为一个独立的合同。

四、借款债权转让的通知

民间借款的债权转让合同虽独立于民间借款合同，但是，转让债权会出现新的债权人，借款人须向新的债权人履行债务，这就需要提出一个问题：债权转让是否需要以借款人同意为条件呢？《民法通则》第九十一条规定："合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的，应当取得另一方的同意，并不得牟利"。这条规定说明债权转移必须征得债务人的同意才能生效。然而，民间借款以征得借款人同意为债权转让有效条件，就会限制贷款人处分自己债权的自由，这不利于债权转让，也不符合市场经济发展的需要。虽然，民间借款债权转让改变了借款人履行义务的对方当事人，但是，借款人向谁履行债务对他影响不大。《合同法》第八十条第一款规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。"这里未将债务人同意作为债权转让有效的条件，而是将"通知"作为债权转让有效的条件。这一法律规定的改变，在民间借款债权转让中的意义在于，把债权转让的主动权、决定权交给了贷款人，充分尊重贷款人处分债权的自由，既合情又合理。

将"通知债务人"作为债权转让的有效条件，目的是使债务

人知道债权转让的事实，知道向谁履行债务，以免因不知情而在履行过程中造成不必要的损失。贷款人“通知”应当全面，如转让借款本金数额、时间、利息和担保权随同转让，受让人姓名（名称）、地点等，都必须明确，并将“通知”到达借款人。如果因通知不明确造成借款人履行债务不当或损失，则由贷款人承担责任。至于通知的形式，可口头，也可书面。贷款人将债权转让及时通知借款人，债权转让即可对借款人发生法律效力。如果贷款人未通知借款人，债权转让对借款人不发生法律效力，但原借款合同不因此而失效。

五、借款人的抗辩权

这里的借款人的抗辩权，是指借款人对贷款人转让债权损害自己利益，持有合法事由，对抗贷款人和受让人的权利。《合同法》第八十二条和第八十三条设立的抗辩权，目的在于保护债务人的利益不因债权转让而受损害。

《合同法》第八十二条规定：“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张”。在民间借款债权转让中，作为债务人的借款人行使抗辩权应当具备三个条件：

1．已经接到债权转让通知

贷款人（让与人）与受让人达成债权转让协议，此时，该协议对借款人尚未生效，贷款人还必须通知借款人。借款人接到通知时，借款人认为债权转让损害自己利益，且有抗辩事由的，应当及时行使抗辩权，以保护自己的利益。借款人未接到通知，不知道贷款人与受让人实施债权转让行为，就无法行使抗辩权；即使从其他途径知道债权转让，但未接到贷款人的通知，因该债权转让也不能生效，则无必要抗辩。

2．对受让人抗辩时先须有对贷款人的抗辩权

贷款人作为债权的让与人，在转让债权时损害借款人利益，借款人有抗辩权。只有先对贷款人有抗辩权，才能对受让人行使抗辩权，否则，对贷款人和受让人都无权抗辩。

3. 须有合法事由

借款人行使抗辩权要有事由，且所抗辩的事由是合法的事由，否则抗辩为“白辩”而不能成立。从实践来看，借款人抗辩的合法事由主要有：

（1）债权已经消灭。借款人已经归还借款、债务已经抵销或者有其他原因已使贷款关系消灭，债权债务已经不存在，而贷款人仍与受让人达成转让协议，让借款人又向受让人履行借款债务，显然侵害借款人的利益，故借款人可就此提出抗辩。

（2）没有发生借款关系。甲与乙从未发生过借款关系，却甲与丙协议转让债权，让乙向丙履行债务，此事属无中生有，当可抗辩。

（3）误将有关人认定为借款人。如将借款介绍人、代理人、经手人认为是借款人，在债权转让中通知这些人向受让人履行债务，而这些人不是借款合同的当事人，根本不承受还款义务。

（4）债权无效。债权转让必须以有效为条件，无效债权不得转让。贷款人转让无效债权，可能会损害受让人的利益，也可能会损害借款人的利益。

此外，还有时效完成、债务抵销等抗辩事由。至于债权债务抵销抗辩问题，后面再作阐述。

六、借款债权转让的效力

民间借款债权转让后，产生内外两种法律效力。

对内效力，是借款债权转让合同中让与人与受让人之间产生的效力。主要表现为：债权发生转移，受让人取得原贷款人的地

位，成为新的债权人，而原贷款人的债权消灭；未付利息、担保权、赔偿损失请求权等从债权和从权利转移归于新债权人。

对外效力，是借款债权转让合同当事人与借款人及第三人之间产生的效力。具体表现为：贷款人将债权转让通知到达借款人使债权转让合同生效；借款人得向新债权人履行主债务和从债务；如有抗辩事由则产生借款人或者第三人的抗辩权。

第三节　借款人的债务转移

法律允许债权人转让债权，给予债权人处分债权的自由，同时，也应当给予债务人在不损害债权人利益的前提下享有相应的权利和自由来处理债务问题，在立法上体现在法律面前人人平等的原则，故此，《合同法》规定允许债务人经债权人同意后将自己的债务转移给第三人，平衡了双方当事人的权利。对民间借款来说，允许债务转移，有利于贷款人实现债权，有利于民间资金运转和利用。

一、借款债务转移的含义

民间借款债务的转移，是指借款人与第三人协议并经贷款人同意，将还款（债务）义务全部或者部分转移给第三人履行的法律行为。债务转移后，第三人取代借款人为新债务人。

债务转移与债权转让一样，债的内容不变，仅是债的主体变更。但是，债务转移所涉及的主体变更不是债权人的变更，而是债务人的变更，即由新的债务人代理借款人（原债务人）承担向贷款人履行还款义务，借款人不再清偿已经转移的债务。例如，李某向张某借了 5000 元钱后无现金归还，但与林某在合伙承包村里的林场中尚有资产，如将林场中李某资产变现，则对林某产生不

利影响，于是，李某与林某协商一致，并征得张某同意该笔借款由林某向张某清偿，事后，李某从林场收益中归还林某。此例中，李某与林某协议由林某向张某清偿 5000 元借款，属债务转移。

二、借款债务转移的构成条件

从总体上看,借款债务转移应当符合债的转移的构成条件,但是，债务转移的构成条件与债权转让的构成条件有一个非常重要的区别，即两者生效条件是明显不同的：债权转让以债权人通知债务人为生效条件,而债务转移以取得债权人的同意为生效条件。

民间借款债权转让一般不影响借款人履行还款义务和借款人的利益,但债务转让却有所不同。如果借款人有足够还款能力,而第三人无还款能力，在这种情况下，不取得贷款人同意而以通知贷款人为债务转移生效条件，势必使贷款人的债权难以实现，甚至会给借款人逃避债务提供便利。因而，《合同法》和《民法通则》都规定债务转移必须取得债权人的同意，把债务转移协议是否生效的决定权交给债权人。如果债权人已经同意，且意思表示真实，那么，债权能否实现的风险就由债权人自己承担。在借款人有还款能力而第三人无还款能力的情况下，贷款人通常不会同意债权转移的，如果同意转移，到时不能实现债权，不能主张债务转移合同无效，不得再向借款人主张债权。

三、债务转移的法律效力

根据《民法通则》、《合同法》的有关规定，民间借款的借款人与第三人达成合法的债务转移协议，并经贷款人同意后，产生如下法律效力：

1. 债务转移协议生效

贷款人同意借款人将债务转移给第三人承受,债务转移生效，

新的债务人代替借款人（原债务人）履行还款付息等义务；借款人与贷款人的借款债权债务关系就已经转移部分脱离关系，贷款人只能向新债务人请求履行还债义务，而不能向借款人要求归还借款。

2. 新债务人可以主张借款人对贷款人的抗辩

借款债务转移后，借款人基于借款关系产生的抗辩事由，新的债务人可以据此事由来对抗贷款人。

3. 除从债务专属于借款人外，新债务人应当承担有关的从债务

《合同法》第八十一条规定："债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利……。"与此规定相适应，第八十六条规定："债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务……。"从这两条规定中可以看出，除双方当事人有特别约定和专属权外，不论债权转让还是债务转移，从债权或者从债务应当同时转移。

第四节　债权债务的法定转移

《合同法》第九十条规定："当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的除外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带责任"。这是一条企业变更引起的债权债务转移的规定。因为这种债权债务转移直接依照法律规定进行，故称之为法定转移。

一、法定转移与协议转移的区别

企业发生变更债权债务直接按照《合同法》第九十条规定进

行承受是法定债权债务转移。当事人之间协商进行债权债务转移是协议转移。法定转移与协议转移有两点重要区别：

一是是否需要订立合同不同。协议债权转让和协议债务转移，让与人与受让人必须用合同方式（包括书面和口头）确定债权转让或者债务转移的关系。在民间借款中表现为贷款人或者借款人与第三人订立债权或债务的转移合同。法定债权债务转移因有法律直接规定转移，依法律规定办理即可，不需要订立债权债务转让合同。在实践中，债权债务依法律规定转移后，贷款人（债权人）可以直接向新债务人催讨，新债务人应当直接向贷款人履行；在诉讼中，贷款人可以直接以新债务人为被告提起诉讼，人民法院判令新债务人履行义务；在执行程中，企业发生变更，可作出主体变更裁定，裁定由新债务人为被执行人。

二是是否需要“通知”或“同意”不同。协议转移债权，以债权人通知到达债务人为生效条件；法定债权转移因企业发生变更可能会导致债务人不知向谁履行问题，故也应通知债务人，但是，在通常情况下，不能因未通知而使法定债权转移无效，因为法定债权一经转移便有法律效力，不受债务人是否接到通知的影响。协议转移债务须取得债权人同意为生效条件，而法定债务转移，不需转移协议就已生效，故不需要债权人同意。

二、涉及民间借款的法定转移

自然人之间的民间借款，除发生继承情况外，通常不发生法定债权债务转移问题。当民间借款发生在自然人与法人或者其他组织之间时，因借款当事人中有一方是法人或者其他组织，又因法人或者其他组织存在变更的可能，这为法定债权债务转移在民间借款中的存在提供了前提条件。

法人或者其他组织合并和分立属于企业变更范畴。按照《合

同法》的规定，民间借款涉及企业变更的法定债权债务转移，分如下几种情况进行处理：

1. 合并的债权转移

法人或者其他组织合并的，被合并的法人或者其他组织主体资格消灭，因而不能行使债权，但是，被合并的法人或者其他组织不因此消灭债权，其债权由合并后的法人或者其他组织承受。两个以上法人或者其他组织合并在一起，成立一个新的法人或者其他组织，或者一个法人或者其他组织被撤销后债权并入另一个法人或者其他组织的，原法人或者原其他组织与自然人发生民间借款而享有的债权，按照《民法通则》的有关规定，由合并后的法人或者其他组织享有，合并后的法人或者其他组织成为对方自然人的债权人。多个法人或者其他组织都有民间借款债权的，多个债权一起转移到合并后的法人或者其他组织，这个法人或者其他组织享有多个民间借款债权。

合并后的法人或者其他组织作为民间借款的债权人，为使对方自然人向自己偿还借款，应当将合并的情况通知借款人。但是，这种通知不影响债权转移的效力，只是承担相应的责任。如果不通知借款人，致使借款人无法履行还款义务或者履行还款义务不当的，不能认为借款人违约，反而，对由此造成借款人损失的，由新的债权人承担赔偿责任。

2. 合并的债务转移

法人或者其他组织合并，在转移债权的同时转移债务，即使没有债权但有债务的，债务也应当转移。法人或者其他组织借用自然人的资金未还的，是民间借款的债务人，当该法人或者其他组织被合并后，该借款债务发生转移，由新的法人或者其他组织为借款债务人，承担履行还款义务的责任。

协议转移债务须取得债权人的同意才能生效，但是，法定转

移债务只要合并依法有效，债务就能转移，无须债权人同意。民间借款的债务，因借款人发生合并，为使贷款人知道向谁行使债权，借款人或者合并后的新的债务人应当通知贷款人，但此通知不决定债务转移生效问题，而是债务转移的情况告知。

3. 分立的债权转移

法人或者其他组织分立有两种情况：一种是分出一部分财产设立新的法人或者其他组织，原法人或者其他组织不终止；另一种是一个法人或者其他组织分为两个或者两个以上的法人或者其他组织，原法人或者其他组织解体，主体资格消灭，失去行使债权和履行债务的能力，但其债权债务不因此消灭。

法人或者其他组织将钱借给自然人后分立的，除与借款人在分立中另有约定外，分立后的新的法人或者其他组织享有连带债权。这里所谓的连带债权是指作为贷款人分立后的各法人或者各个其他组织对民间借款债务人都享有请求全部归还借款的权利。例如，甲公司借款给李某5万元未收回，后来，甲公司分立后设立乙公司和丙公司。那么，乙公司和丙公司对此笔债权的归属如无特别约定，对李某都有请求还款的权利。分立后，债务人只要向任何一个连带债权人履行全部债务，任何一个债权人全部受领，都能使该债权消灭。至于连带债权人内部关系问题，仍按确定份额享受债权，受领全部债权的债权人对超出应得份额的部分应当向其他连带债权人清偿。

在实践中，绝大多数企业在分立时，在内部都对债权作出处理，或者将某一债权全部划归某一分立后的法人或者其他组织，或者约定分份额享有债权，在这些情况下，因分立时已有约定，有关债权人按约定享有全部债权或者按约定份额享有债权，而不享有连带债权。但企业分立后，应当将内部约定处理债权的情况通知债务人，以便债务人知道向谁履行债务，履行多少债务。此外，

债权人因分立需要和债务人约定处理债权债务的，这是变更企业对外的约定，应当按照约定享有债权，除约定也是连带债权外，分立后的企业不产生连带债权关系。

4. 分立的债务转移

根据《合同法》第九十条规定，法人或者其他组织分立的，除债权人和债务人另有约定外，由分立的法人或者其他组织承担连带债务。法人或者其他组织向自然人借取款项成为债务人，在分立处理债务时，涉及连带债务内外两个效力问题。在对内效力上，其中一个法人或者其他组织因清偿、抵销等使对外借款债务部分或者全部终止或者消灭的，就免除其他法人或者其他组织履行相应还款的义务；已经清偿债务的法人或者其他组织，对内仍可以请求其他未清偿或者少清偿的法人或者其他组织向其承担份额内的责任。在对外效力上，每个连带债务人都负有向贷款人清偿债务的义务，也就是说，贷款人可以向一个或者全部债务人要求清偿全部或一部债权，连带债务人不得以内部已分份额为由进行抗辩。

第七章 民间借款之债的代位权和撤销权

在实践中，有些借款人负债后，为了迟延履行债务或者逃避债务，不行使债权，或者放弃债权，甚至违法处分自己的财产，导致贷款人的债权难以实现。为了解决实践中遇到的这些问题，保全和实现债权人的债权，《合同法》为债权人设立了代位权和撤销权。这两个权利的效力，不仅及于债务人，而且及于债务人的债务人（第三人、次债务人）。民间借款的贷款人也可以通过行使代位权或者撤销权，保全自己的债权，创造条件收回借款。

第一节 贷款人的代位权

在民间借款合同中，贷款人的代位权，是指借款人怠于行使对其债务人享有的到期债权，对贷款人造成损害，贷款人为了实现自己的债权，向人民法院请求以自己名义代取借款人向借款人的债务人要求履行债务的权利。借款人的债务人对民间借款合同中的贷款人和借款人而言是第三人，当贷款人行使代位权时，借款人的债务人是次债务人。故下文中的第三人和次债务人是指借

款人的债务人。例如，郑某向陈某借款5万元，吴某又欠郑某3万元钱已经到期，郑某没有向吴某主张履行债务，又无向陈某履行金钱债务的其他能力，造成陈某的5万元借款债权到期未能实现。在这种情况下，陈某有权以自己的名义，向人民法院提起诉讼，请求次债务人吴某在对借款人郑某的债务范围内向自己履行还债，这就是贷款人行使的代位权。当次债务人吴某向贷款人陈某履行了3万元债务后，吴某与郑某的债权债务关系，以及郑某与陈某的债权债务关系，就已履行部分均告消灭。因而，贷款人行使代位权，防止了借款人怠于行使债权造成对自己的不利，保全了自己的债权。

一、贷款人行使代位权的法律依据

借款人取得贷款人的借款后，其所有财产都是借款债务的责任财产；借款到期后，借款人以其财产清偿借款债务；贷款人在大多情况下考虑借款人有一定财产可供清偿债务而向其出借金钱的。因而，借款人财产的增减和多少，对贷款人实现债权影响很大。然而，在现实生活中，有些借款人，特别是有些“多债主”，借款负债后，为了隐匿财产，逃避债务，对他人有债权而不主张，这就会侵害贷款人或者其他债权人的利益。

为了解决这个问题，最高人民法院《关于适用（中华人民共和国民事诉讼法）若干问题的意见》第300条规定：“被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权的，人民法院可以依申请执行人的申请，通知该第三人向申请执行人履行债务，该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的，人民法院强制执行。”这条规定解决了执行程序中被执行人因逃避债务而不主张债权致使不能执行的问题。

金钱之债的履行自到期时开始，借款人不履行债务，贷款人

通常去催讨，催讨不成才提起诉讼，最后申请人民法院强制执行。从借款到期到申请法院强制执行，往往经过几个月，甚至上年时间，而上述第300条规定仅适用执行程序，因而不够及时保护债权人利益。《合同法》第七十三条规定："因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。"这条规定是债权人行使代位权的规定，同样适用于民间借款。这条规定将债权人代位权的行使提前到诉讼阶段，有利于债权人及时实现债权。当然，在借款到期后至提起诉讼前，贷款人可以向次债务人要求其代替借款人还债，但这种行为不具有法律拘束力，如果第三人予以拒绝，或者对债务有异议，或者否认与借款人有债务关系，贷款人只能向人民法院提供证据，提起诉讼，由人民法院审理后作出裁判。

二、贷款人行使代位权的条件

贷款人向人民法院请求以自己的名义代位行使借款人的债权，要求第三人向自己履行债务，通常要同时具备以下几个要件：

1. 贷款人与借款人之间的借款债权债务存在、合法且已到期

这是贷款人行使代位权的前提条件，包括以下三个内容：

一是贷款人与借款人之间确有借款债权债务关系的存在。这是贷款人行使代位权的基础条件，否则，谈不上贷款人代替借款人向第三人行使债权的问题。因此，贷款人行使代位权必须提供证据证明自己与借款人之间债之存在，如提供合同或借据，若无合同和借据，借款人必须承认。贷款人若无证据证实与借款人有债权债务关系而行使代位权，第三人就有权提出抗辩，贷款人对第三人不能胜诉。

二是贷款人与借款人之间的债权债务必须合法。如果民间借款合同当事人所形成的债是非法之债，此债本身不受法律保护，贷款人就不得行使代位权来实现非法债权。

三是贷款人与借款人之间的借款已经到期。如果民间借款尚未到期，贷款人不得要求借款人履行还债义务，否则属违约行为，这种违约行为不能延续到主张第三人履行义务，因而，贷款人行使代位权所涉及的对借款人的债权必须已经到期。

2. 借款人对第三人享有的债权必须是合法到期的金钱债权

这是贷款人行使代位权的又一前提条件，这个条件有如下三个内容组成：

一是借款人对其债务人存在金钱债权。这是贷款人行使代位权的特别要求。借款人对第三人如无金钱债权，或者虽有金钱债权但与第三人无关，贷款人对第三人不可行使代位权。对民间借款中的贷款人行使代位权来说，因贷款人出借标的物为金钱，故代位权行使指向的对象也应为金钱，即借款人对第三人享有金钱债权。如果借款人对第三人享有非金钱债权或者物权，贷款人则不可行使代位权。如甲与乙有着产销关系，乙未按合同约定向甲提供 200 双皮鞋，而甲借丙 1 万元到期未还，丙不能以甲欠钱为由向人民法院请求乙向自己履行交付 200 双皮鞋。如果 200 双皮鞋已经结帐成为货款，货款是金钱之债，贷款人丙则可以行使代位权，请求乙履行还债义务。至于民间借款合同双方当事人及第三人之间协议以物抵债，或者人民法院执行中采取以物抵债措施，则是另一回事。

二是借款人对其债务人享有的金钱债权已经到期。如果借款人对第三人的金钱债权尚未到期，第三人对借款人尚未开始履行义务，贷款人则无权要求第三人向其履行还债义务，否则，第三人可以以债务未到期为由向行使代位权的贷款人提出抗辩。在诉

讼中，以第三人为被告的案件，第三人以此为由抗辩成立的，人民法院应当驳回贷款人的起诉。但贷款人可以等到第三人债务到期后再向人民法院提起诉讼。

三是借款人对其债务人到期金钱债权必须是合法债权。借款人对第三人的债权是非法债权（如赌债），因不受法律保护，贷款人不能行使代位权，也不可能实现行使代位权的目的。

3. 借款人怠于行使其到期债权

借款人怠于行使其到期债权，是指借款人不履行其对贷款人的到期债务，又不以诉讼方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权。在代位权中，一方面，借款人是贷款人的债务人，另一方面，借款人又是第三人的债权人，当借款人有此双重身份时，应当积极地向自己的债务人行使债权，用以清偿贷款人的债务。借款人对其债务人享有债权，说明其有履行能力，而借款人既不向贷款人清偿债务，又不向人民法院起诉其债务人，说明其消极对待债务，故贷款人为了实现自己的债权有必要行使代位权。

4. 造成贷款人损害

这个条件与借款人怠于行使债权相联系，即，借款人怠于行使债权的行为造成贷款人损害。对贷款人造成损害，是指贷款人的债权未能实现。如果借款人怠于行使债权不影响贷款人实现债权，既无损害危险，贷款人就无必要也不得行使代位权。例如，借款人在银行有存款足以清偿债务，对第三人又有债权，但既不偿还借款，又不对第三人主张债权。在这种情况下，贷款人不必要行使代位权，只要向人民法院对借款人提起诉讼，并申请对借款人的存款采取保全措施，债权就能得以保全，并最终能得以实现。但是，从实践看，借款人怠于行使债权大多数会给贷款人造成损害，这种损害直接表现为贷款人的债权未能实现。间接表现为：可

能超过诉讼时效而导致借款人对第三人的债权不受法律保护，随之借款人不能实现债权来清偿债务；可能因第三人故意减少财产，致使不能使借款人向贷款人清偿债务，等等。只有借款人怠于行使债权会给贷款人造成损害的，贷款人才可以行使代位权；借款人怠于行使债权，不会造成贷款人损害的，贷款人不必干涉借款人如何处理债权问题。

5. 不得超过债权数额范围

贷款人行使代位权，不超过债权数额范围有两层意思：

一是不超过贷款人的债权数额。例如，贷款人对借款人的借款债权数额为 2 万元，而借款人对第三人的债权为 4 万元，贷款人行使代位权只能在 2 万元以内，而不得向人民法院请求第三人将 4 万元债务全部向贷款人清偿。当然，贷款人对借款人的债权应当包括从债权，如借款利息、必要费用等，都可以在行使代位权中得以主张。

二是不超过借款人的债权数额。例如，借款人欠贷款人 2 万元钱，而第三人欠借款人货款 1 万元，贷款人在行使代位权时，不得要求次债务人向自己履行 2 万元债务，而只能要求履行 1 万元。

6. 借款人的债权必须不是专属于借款人自身的债权。

专属借款人自身的债权主要有基于赡养关系、扶养关系、继承关系产生的给付请求权，劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。借款人所享有的这些请求权利，因具有不可替代性，故不可使贷款人代位行使。

三、多个债主体的代位权问题

根据《合同法》第七十三条规定，代位权的行使主体是债权人，对民间借款合同来说是贷款人，这是无疑问的。在实践中，只有一个贷款人和只有一个第三人，债权人行使代位权比较简单。若

遇到多个债权人却只有一个第三人，或者多个债权人有多个第三人，或者一个债权人有多个第三人等情况，代位权的行使就显得复杂些。

在民间借款活动中，在多个贷款人（包括其他债权人，下同）的情况下，凡符合上述条件的每个贷款人都享有代位权；在多个借款人的债务人的情况下，每个第三人都是贷款人行使代位权的对方当事人。但是，当贷款人行使代位权时，具体情况就有所不同。

在有多个贷款人却只有一个第三人的情况下，所有贷款人对惟一的第三人都有代位权，但是，其中一个贷款人或者部分贷款人已经行使了代位权，且第三人已将全部债务向一个或者部分贷款人履行，第三人债务已经消灭，因而，借款人的其他贷款人不得对该第三人再行使代位权；如果第三人向已行使代位权的债权人清偿债务后仍有其余债务未清偿的，其他贷款人就剩余部分仍可以行使代位权。一个或者一部分贷款人已经行使代位权，但第三人未向贷款人履行义务的，其他贷款人若已取得执行依据的，可以依法参与分配。

在多个贷款人有多个第三人的情况下，每个贷款人对每个第三人都有权行使代位权。例如，A 借 B 的钱又借 C 的钱，同时，D 和 E 又欠 A 的钱，B 对 D 和 E，C 对 D 和 E 在自己的债权数额内都有代位权。但是，当其中一个第三人的债务已经满足一个贷款人的代位债权后，该已行使代位权的贷款人不得再向另一第三人行使代位权。但是，一个第三人的债务不能满足一个贷款人的代位债权的，该贷款人就不足部分仍可对其他第三人行使代位权。同样，第三人因一个或者一部分贷款人行使代位权而履行全部债务，不再向其他贷款人履行债务。

在只有一个贷款人却有多个第三人的情况下，这个贷款人对

所有第三人都享有代位权，但是，这个贷款人选择其中一个或者一部分第三人行使代位权已经满足代位债权的，不得再向其他第三人行使代位权。

在实践中还出现这么一种情况：第三人既有代位债权人又有直接债权人（指贷款人的借款人以外的债权人），两种债权人都要求第三人向自己履行债务。例如，A 借 B 的钱，C 欠 A 的钱，同时，C 又欠 D 的钱。其中，C 为借款人，D 是直接债权人，B 是代位债权人，D 和 B 都要求 C 向自己清偿债务，第三人（即债务人）C 如有能力清偿全部债务，问题就不大。如果其资产不足清偿全部债务，有的第三人就认为，代位债权人与其隔一层关系，有钱也应当先偿还直接债权人。这就涉及到在两者关系中是否存在优先受偿问题。

在直接债权人和代位债权人都向第三人主张到期债务时，是否存在清偿顺序和优先受偿问题？我们认为不存在这个问题，理由是：代位债权人取得债权人的地位时，仅是债权主体发生代替问题，并不降低债权地位，也不影响债权的实现，它与直接债权人的债权有同等法律效力，因此，直接债权对代位债权无优先受偿权，也不分先后顺序清偿。当第三人的财产不足清偿全部债务时，应当按照各自的债权比例平均清偿。

第二节　贷款人的撤销权

在通常情况下，借款人与第三人之间进行民事行为，订立民事合同，贷款人不得干涉。但是，当借款人向贷款人借款后，其全部财产就为责任财产，如果借款人对自己的财产作出处分，导致贷款人的债权难以实现时，贷款人为保全自己的债权，依法有权予以干涉。贷款人行使撤销权，就是干涉借款人与第三人作出

某些行为侵害其债权的保全方式。

一、撤销权的基本含义和意义

贷款人的撤销权，是指贷款人对借款人放弃对第三人到期债权、无偿转让财产、低价转让财产而对其债权造成损害的行为，请求人民法院予以撤销的权利。例如，借款人欠贷款人大量借款未还，为了逃避债务，将自己惟一值钱的房屋赠送给女婿，并办理了房产过户手续，致使贷款人债权不能实现。对此，贷款人可以向人民法院提起诉讼，请求人民法院撤销借款人向其女婿赠送房屋的行为。此行为被撤销后，使该房屋仍为借款人所有，然后，通过法定程序处理该房屋，使贷款人的债权实现。

在保护债权人债权问题上，我国《民法通则》、《担保法》及有关法律设立了担保制度和民事责任制度，但还不能切实有效地保护债权人的合法权益，如借款人放弃债权、无偿处分财产而逃避债务，缺乏有效的法律规定予以否定。《合同法》第七十四条第一款规定："因债务人放弃到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为；债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。"这条规定为债权人设立了撤销权，弥补了上述缺陷。

《合同法》设立的撤销制度，有以下两个方面的作用：

1. 债权的效力及于第三人

在通常情况下，贷款人的债权效力仅及于借款人，贷款人只能要求借款人履行还债义务，并以债权制约借款人有关行为，但无制约第三人行为的权利。法律赋予贷款人撤销权，当贷款人行使该权利时，其债权的效力及于相关第三人的某些行为，要求第三人与借款人进行某些民事行为，订立某些合同，不得损害贷款

人的债权。如果没有贷款人的撤销权，借款人在负债的情况下放弃对第三人的债权，无偿将财产转让给第三人，侵害贷款人的债权，贷款人就无法律依据加以阻止，即使明知也难以保全自己的债权。

2. 防止借款人实施非法行为逃避债务

《合同法》设立撤销权，目的就是防止债务人实施各种行为逃避债务。借款人在负债的情况下，放弃到期债权，无偿转让财产，故意低价转让财产，致使贷款人的债权不能全部或者部分实现，则为逃避债务行为。对此，担保制度和民事责任制度不足以制止此类行为，当贷款人有了撤销权并依法行使后，此类行为被人民法院撤销，使第三人向借款人返还财产，或者使借款人的债权得以恢复原状，贷款人的债权就能得以保障。

二、贷款人行使撤销权的条件

因为在通常情况下贷款人不得干涉借款人与第三人发生的民事行为，所以贷款人行使撤销权，请求人民法院撤销借款人的行为，必须具备法定条件。根据《合同法》第七十四条的规定和实践经验，贷款人行使撤销权应当同时具备以下四个条件：

1. 贷款人与借款人有合法有效的到期债权债务关系存在

这是贷款人行使撤销权的前提条件。这个条件与贷款人行使代位权一样，要求在民间借款当事人之间有着债权债务关系，且要求合法、有效并已到期，贷款人与借款人之间债权债务是非法、无效、未生效、失效或者未到期的，贷款人则不能行使撤销权来请求人民法院撤销借款人放弃债权、处分财产的行为。

2. 借款人实施了放弃债权、处分财产等行为

借款人有意处分自己财产，但停留在意识之中，或者仅用口头表达不生效的语言，贷款人无从行使撤销权，人民法院也不予

受理，只有借款人实际上实施了处分债权和财产权的行为，贷款人才有条件行使撤销权。

根据《合同法》第七十四条规定，可撤销的借款人实施处分债权和财产权的行为分为三种情况：

一是放弃到期债权

借款人对贷款人负有到期债务不能清偿，对第三人享有到期债权却放弃，这是借款人故意损害债权人利益的行为，当可撤销。但是，实践中遇到如下两个问题要视具体情况而定：

(1) 借款人放弃未到期债权可否撤销问题。《合同法》第七十四条明确规定，债务人放弃"到期"债权，债权人才可行使撤销权，"到期"是一个限制条件。但是，在现实生活中，也有可能出现对贷款人的债务已到期，而借款人的债权未到期，借款人就向其债务人明确表示放弃债权。例如，第三人欠借款人 3 万元钱，2000 年 5 月份到期归还；2000 年 3 月份，借款人欠贷款人的钱到期；该年 4 月份，借款人提前一个月放弃了对第三人的债权 3 万元，又无其他财产可供清偿债务。在通常情况下，债权人放弃债权，属其实体上的处分权，不必经债务人同意，也不受期限的限制，因而一旦表示放弃即为有效。但是，此例中的借款人放弃未到期债权，又无其他财产清偿债务，明显损害了贷款人的利益。对此，笔者分析认为，应当适用《民法通则》第五十八条第（七）项的规定，以合法形式掩盖非法目的为由，认定该行为无效，而不适用撤销权的规定。

(2)借款人在其债务人根本无履行能力的情况下放弃债权，贷款人可否行使撤销权问题。借款人对第三人虽有债权，但第三人根本无履行能力，借款人放弃对其债务人的债权。对此种行为，我们认为，贷款人不能行使也无必要行使撤销权，理由有两条：①借款人的债务人根本无履行能力，借款人放弃债权，不会由此造

成贷款人的损害。借款人放弃债权而造成贷款人损害是贷款人行使撤销权的必备条件，因而，在这种情况下，贷款人不得行使撤销权；②贷款人行使撤销权的目的是保全债权，而借款人在此种情况下的行为，即使被撤销，借款人的债务人也无财产可供贷款人保全债权，因而，贷款人无必要行使撤销权。

二是无偿转让财产

财产所有权人将财产转让给他人，不论有偿还是无偿，都属于他自己的处分权，无关的第三人不得干涉。但是，当财产出让人为民间借款中的借款人时，无偿转让财产导致余留财产不足或者难以清偿全部债务的，就会损害贷款人的利益。在现实生活中，不少借款人大量举债后，为了逃避债务，往往无偿转让财产给他人，有的甚至名义上转移财产而实际上仍为其所有，从而造成法院执行难，债权人实现债权难。《合同法》设立撤销权，开辟了一条解决这个问题的途径。所要注意的问题是，贷款人以借款人无偿转让财产造成其损害为由行使撤销权，不以第三人（受让人）主观上恶意或善意的为条件加以限制，即使受让人主观上根本不知道无偿受让会侵害贷款人的利益，也不得因善意受让而客观上造成贷款人的损害。

三是低价转让财产

财产所有人没有债务，所转让的财产争议，他人对其低价转让不得干涉。即使负有债务，借款人低价转让其财产，也不一定都能使贷款人有条件行使撤销权。贷款人以借款人低价转让财产为由请求人民法院撤销该行为，必须符合以下 3 个条件：

（1）借款人低价转让财产对贷款人造成损害。借款人低价处理财产的行为，造成贷款人的债权全部或者部分不能实现的后果，贷款人才有理由行使撤销权。如果借款人低价转让部分财产，仍有其他财产足以且方便履行债务的，贷款人的债权并没有受到损

害，就不得行使撤销权。在贷款人债权仍有保障实现的情况下，低价转让财产是借款人的自由处分权，不论价款低到什么程度，不论价款明显不合理，也不论受让人知道不知道，贷款人都不得主张撤销借款人低价处分财产的行为。

（2）低价转让财产达到明显不合理的程度。借款人低价转让财产，有时也会使贷款人的债权不能全部实现，但若是合理的，则不可撤销。例如，借款人欠 5 万元钱已经到期多时，善意的借款人出于无奈，将价值 4 万元钱的房屋，以 3.5 万元价款出卖给其哥哥，其哥体谅其弟困难付款后仍供其弟居住，借款人用房价款用于清偿贷款人的债务。在这种情况下，该借款人低价出卖房屋并用以清偿部分债务不存在不合理因素，因而贷款人不得行使撤销权，使借款人出卖房屋归为无效。但是，借款人以明显不合理价格的低价转让财产，则可构成贷款人行使撤销权的条件。如上例，如果借款人以 2 万元价款出卖房屋，则为明显不合理，可为贷款人行使撤销权之条件。此外，转让财产的价格高低通常要以现行的市场价为标准，只有所转让的财产明显低于现行市场价的，才考虑行使撤销权问题。

（3）受让人主观上具有恶意。借款人在负债的情况下明知会造成贷款人损害而放弃债权或者无偿转让财产，在主观上具有恶意，而受让人并不一定知道借款人的行为会损害贷款人的利益，主观上可能无恶意，但贷款人行使撤销权后，第三人失去的仅是无偿所取的利益，其他利益并未受到损害，因而，贷款人以上述两种情况为由行使撤销权，不以受让人或者受益人主观上具有恶意为条件。

借款人以明显不合理的低价转让财产，第三人低价受让，由于该财产已经进入市场流转，且市场价格经常变化，低价买受又为人们的正常心理表现，因而，只要受让人不知道借款人低价出

让是为了逃避债务，即为善意买受。在第三人善意买受的情况下，如果也允许贷款人行使撤销权，就会直接损害善意第三人的利益，就会影响市场交易的正常秩序。如果受让人明知或者应当知道借款人低价出让财产是为了逃避债务，则不论其出于贪图便宜心理，还是有意帮助借款人逃避债务，均为恶意买受。第三人恶意受让，侵害了贷款人的利益，贷款人可以行使撤销权，使受买人承担返还财产责任。

3. 借款人处分财产的行为必须已经生效

贷款人的撤销权是针对借款人生效民事行为行使的。借款人放弃债权、无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产的行为已经成立或者生效，就会导致其债权消灭和责任财产转移或者大量减少，这时，造成贷款人的债权不能实现的，贷款人方可行使撤销权。如果借款人的这些行为未成立或者未生效，债权或者财产依法仍为借款人的，贷款人仍可主张以其债权和财产清偿债务，故无必要行使撤销权。如果借款人的行为在法律上当然无效，如借款人与其债务人或者第三人恶意串通，损害贷款人的利益，贷款人则可依照《合同法》第五十二条第（二）项的规定，请求人民法院宣告该行为无效，而不得行使撤销权。

4. 借款人的行为造成贷款人的债权全部或者部分难以实现

《合同法》第七十四条规定中的“对债权人造成损害”，在民间借款活动中，是指借款人放弃债权或者处分财产的行为，造成贷款人所享有的债权全部或者部分难以实现。贷款人的债权能否全部或者部分实现，是衡量借款人放弃债权或者处分财产是否合法和贷款人可否行使撤销权的标准。如果借款人放弃债权，处分部分财产，但仍有足够财产清偿贷款人的债权，其行为没有损害贷款人的债权，贷款人不得主张撤销借款人的行为，否则，非法干涉借款人的自由处分权，同时，也会侵害第三人的利益。

三、撤销权与代位权及撤销合同的主要区别

撤销权和代位权在民间借款合同中都是贷款人的权利，都涉及债权债务关系以外的第三人，都体现债的对外效力，目的都是为了保全债权和保障债权。但是，两者是有很大区别的，不能混同或者相互代替行使。两者的主要区别有以下几点：

1. 借款人在债权处理上“怠于”与“放弃”不同

借款人对第三人享有到期债权，为了逃避债务，采取消极行为，不行使债权，但未明确表示放弃，对这种“怠于”的消极态度，因为借款人对第三人的债权仍然存在，故应适用代位权。借款人放弃债权，就意味着借款人对第三人的债权归于消灭，贷款人为了保全自己的债权而行使撤销权，通过人民法院裁判撤销借款人放弃债权行为，使借款人对第三人的债权恢复原状。

2. 借款人在处分债权与物权上不同

贷款人行使代位权，仅涉及借款人怠于行使债权，且民间借款合同的代位权仅涉及金钱债权。贷款人行使撤销权，不仅可以请求人民法院撤销借款人放弃债权的行为，而且可以请求撤销借款人非法处分物权的行为，即可请求撤销借款人无偿转让财产行为和以明显不合理的低价转移财产的行为。在民间借款合同中，借款人侵害贷款人的利益非法处分物权，贷款人只能行使撤销权，而不能行使代位权。

3. 贷款人行使权利的内容不同

贷款人行使代位权的内容是请求人民法院以自己名义代替借款人行使借款人的债权，而贷款人行使撤销权的内容是请求人民法院撤销借款人放弃债权和非法处分财产的行为。

这里债权人的撤销权与《合同法》第五十四条规定的当事人撤销权也是不同的。合同一方当事人依照《合同法》第五十四条

规定行使撤销权，请求人民法院撤销合同，在主体上仅限于合同当事人之间，其效力不及第三人；在范围上仅限于意思表示不真实的合同，不涉及当事人之间以及债务人与第三人之间形成的意思表示真实的合同。当事人一方请求撤销的合同限于：①因重大误解订立的合同；②在订立时显失公平的合同；③一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。当然，在民间借款活动中，遇有上述三种意思表示不真实的合同，一方当事人可以行使撤销权，请求人民法院判令撤销合同，但要与《合同法》第七十四条规定的撤销权区别开来。



第八章　民间借款之债的履行

公民之间、公民与法人或者其他组织之间，因生产经营或者生活需要，自愿发生借款关系，产生贷款人的债权和借款人的债务。贷款人的债权在无担保的情况下，只有依靠借款人履行债务才能得以实现。因而，强调借款人按照法律规定和合同约定全面、正确地履行还款付息义务，对民间资金有序融通，对满足人们生产和生活需要，对市场经济发展和社会安定团结，都有着重要的意义。

第一节　借款人履行还债义务的几种情况

《民法通则》第八十八条第一款规定：“合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。”《合同法》第六十条第一款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”这里的“全部履行”和“全面履行”含义是相同的，对民间借款来说，都包含着两个方面的内容：一是借款当事人在本息数额上要按照合同的约定或者法律规定全部履行义务，不能部分履行而另一部分不履行；二是无论是贷款人提供借款，还是借款人返还借款，都

要正确地履行义务，以适当的时间、地点和方法履行法律规定或者合同约定的债的义务。

诺成借款合同的贷款人在合同生效后处于义务人地位，应当全部履行义务，包括如数提供借款的义务，也包括按照合同约定的时间、地点和方式适当履行的义务。

但从实践来看，民间借款之债的履行，主要是借款人履行债务问题。借款人履行还债义务有以下几种情况：

一、全部履行还款义务

借款人全部履行还款义务包含两个方面的内容：一是按约定数量全部履行还款义务，包括本金和利息；二是正确履行全部义务，即严格按照合同约定的条件和法律规定的条件履行义务。

（一）按照约定数量全部履行还款义务

民间借款之债是金钱之债，债之标的是本金和利息。民间借款按照约定数量全部履行还款义务，即全部清偿本息，是借款人应尽的义务。借款人全部清偿本金和利息，贷款人的债权才能全部得以实现，民间借款之债的法律关系才得以消灭。例如，甲向乙借取 2 万元，月利率 10‰，借款期限 3 个月，到期时，借款人甲按约定数量归还债权人乙 2 万元本金，同时支付利息 600 元，那么，甲乙之间的债得以如数全部清偿。全部履行是指按约履行，无息借款因无约定利息，故全部履行只是返还全部本金，不涉及支付利息问题，当然，借款人违约而逾期归还本金需支付逾期利息，则应另当别论。

全部履行本息还应包括提前全部清偿和逾期后全部清偿。提前全部清偿和逾期后全部清偿，虽然都具有违约性质，在利息承担上责任不同，但法律后果则是一样的，即提前全部清偿和逾期后全部清偿都能使债权债务关系归于消灭。

（二）正确履行全部义务

除按约定数量全部清偿本息外，借款人全部履行还款义务还包括正确履行的含义，即履行的主体、期限、地点和方式等内容应当符合合同约定和法律规定的条件。

1. 借款人应当向贷款人履行

借款人是债务人，贷款人是债权人，借款人要使债务消灭，应当向贷款人履行义务，这是履行主体正确的要求。如果借款人未经贷款人同意把钱交付给第三人，让第三人转交给贷款人用于还款，而第三人占为己有而未转交给贷款人，贷款人对借款人的债权不因此消灭，借款人仍负有还债义务，至于第三人恶意占有该笔金钱，借款人可另行追索。例如，贷款人欠第三人一笔钱，借款人未经贷款人同意，或者误认为向第三人履行可以消灭自己的债务，将本应归还贷款人的钱交付给第三人，这也是一种履行主体的错误。对这种错误，除经法定程序（如诉讼）抵销外，借款人仍对贷款人负有还债义务。至于贷款人（第三人的债务人）与第三人的债权债务关系是另一法律关系，应当由第三人的债务人（前一法律关系中的贷款人）向第三人履行。

借款人向贷款人履行还款义务，除借款合同另有约定外，可以由借款人亲自履行，也可以由第三人代为履行；贷款人可以亲自受领，也可以委托他人代为受领。但是，代理意思必须表示明确，且有证据证实，不然，就被认为出现上面所述的情况。

2. 按约定期限履行还款义务

履行期限与借款期限有一定的联系，但两者又不相同。借款期限实际上是借款使用时间，履行期限是债务人履行和债权人接受履行的时间。履行期限有法定和约定两种情况，对民间借款而言，法律没有明确规定一个履行时间，而由当事人约定。

民间借款约定履行期限（还款时间）大致有两种情况：一种

是借款到期之日为履行期限，如双方当事人约定，1999 年 1 月 1 日借款 3 万元，借款期限 6 个月，那么，1999 年 6 月 30 日借款到期，此日为还款履行日；另一种是借款期限就是履行期限，如上例，如果双方当事人约定“6 个月内归还”，那么，从 1999 年 1 月 1 日起到 6 月 30 日止，这段时间都属于履行期，在这段时间内借款人随时可以归还借款。

已约定履行期限，借款人在期限内履行还款义务的，属期限上正确履行；借款人在约定期限届满之日前归还借款（提前清偿）在期限上亦属违约，但若不损害贷款人利益的，则贷款人应当受领，对这种违约免除借款人的违约责任；如果损害贷款人利益，则承担违约责任；借款人逾期履行还款义务，则为期限上的错误，应当承担违约责任。

3. 按照约定履行地或者按照贷款人所在地履行还款义务

还款履行地点在何处，直接关系到履行费用和时间问题。那么，民间借款如何确定履行地？这要视借款合同有无约定履行地而定。民间借款合同已经明确约定履行地的，依约定地点履行。民间借款合同没有约定履行地的，一是按照《合同法》第六十一条规定进行补充协议，确定还款履行地点；二是补充协议不成或者没有进行补充协议的，根据《合同法》第六十六条第一款第（三）项的规定，给付货币的，在接受货币一方所在地履行，即贷款人所在地为还款履行地，借款人应当将所归还的借款送到或汇到贷款人所在地交付给贷款人。

4. 还款方式应当正确、适当

民间借款的还款方式，即民法上的履行方式，是指借款人还款和贷款人收款的具体方法。民间借款的还款方式主要涉及两个方面的内容：

一是一次性还款还是分期分批还款。如果已有约定的，借款

人按约定方式还款，则为正确的还款方式；如果没有约定一次性还款还是分期分批还款的，双方当事人则可补充协议，补充协议不成或者未进行补充协议的，则应认定一次性全部还款。但是，在诉讼过程中，人民法院可以根据借款人的履行能力状况，判令借款人分期分批履行还款义务。

二是使用现金还是票据履行还款义务。民间借款合同在订立时约定使用票据（如汇票、支票等）还款的情况很少见，当然，如有此约定亦应准许。如果没有约定，则以现金支付认定。合同约定使用票据还款，到履行时，使用现金还款的，只要不违反有关现金和票据管理规定，贷款人应当受领，因为这种履行方式的改变无损于贷款人利益。合同约定使用现金还款，或者没有约定使用现金和票据还款，借款人使用票据还款的，只要用于履行还款义务的票据不妨害贷款人兑现的，也应予准许，但是，贷款人由于票据兑换现金所支付的费用应当由借款人承担。

二、提前履行还款义务

民法上的提前履行债务，对民间借款而言是提前还款，是借款人在借款合同约定履行还款义务之日到来前，部分或者全部履行还款付息等义务。提前还款是表现于期限上的一种履行方式。

（一）提前还款的有效条件

在通常情况下，合同之债必须按照双方当事人约定的期限履行，提前履行或者迟延履行都属违约行为，因此，《合同法》第七十一条规定，债权人可以拒绝债务人提前履行。但是，民间借款中的借款人提前履行还款义务并非都是无效民事行为，只不过需要具备以下两个基本条件：

1. 借款合同已经明确约定特定履行期限

这里所谓的特定履行期限，是指贷款人与借款人已经明确约

定的固定不变的履行期限。例如，双方约定借款期限 3 个月，3 个月到之日是固定的履行时间；又如，约定某年某月某日是还款日期，那么该日是特定的还款时间。所谓的提前还款，就是在固定的履行还款义务时间之前还款。

双方当事人约定有时间幅度的还款期间和约定还款期限不明确的，情况就有些不同。例如，双方当事人约定从借款之日起六个月内还款，借款人在六个月内均可随时还款，不存在提前还款问题，只存在超过六个月的逾期还款问题。又如，双方当事人没有约定还款日期，因无特定时间为界线，故也不存在提前还款问题。

2. 不损害贷款人的利益

借款人提前清偿债务，与贷款人结清本息，通常不会损害贷款人的利益，因此，提前清偿民间借款之债，法律是准许的，贷款人应当接受提前还款，同时免除借款人期限上的违约责任。如果借款人提前还款造成贷款人利益损害的，贷款人就可以拒绝接受借款人提前还款。

（二）有效提前还款的法律效果

不损害贷款人利益的提前还款行为为合法有效的履行义务行为，它能产生以下两方面的法律效果：

1. 已归还部分的债务消灭

提前还款有两种情况，即提前归还全部借款和提前归还部分借款。提前归还全部借款及利息的，该债权债务全部消灭；提前归还部分借款及利息的，就已归还部分在债权债务总数额中减去，剩余部分的债权债务关系仍然存在，到期时，借款人仍应按约归还剩余部分的本息；有息借款中的借款人提前归还本金的，利息部分的债务仍然存在，借款人仍应继续支付；借款人提前支付利息，对贷款人有利无弊，应当受领，但借款人对本金和后来的利

息仍应清偿支付。

2. 增加的费用由借款人负担

借款人符合上述条件提前归还借款本息，贷款人应当受领，但由此给贷款人增加额外费用支出的，所增加的费用由借款人负担。

三、部分履行还款义务

这里的部分还款，是指借款人清偿贷款人一定数额的本息，但仍有一定数额的本息没有清偿的情况。借款人向贷款人清偿债务不论数额多少，只要没有全部清偿完毕，都是部分清偿。例如，借款人向贷款人借款 1 万元，月息 10%，借款人归还 6000 元及利息，仍有 4000 元及利息未清偿，这就是部分还款。《合同法》第七十二条第一款规定："债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。"民间借款合同中的借款人部分履行还款义务适用这条规定。

1. 部分还款与履行期限的问题

部分还款与履行期限之间的关系，主要表现为三种情况：提前部分还款、如期部分还款和逾期部分还款，提前还款的有关法律问题，前面已经阐述。

如期部分还款，是借款人按照借款合同的约定期限，向贷款人偿还部分借款的情况。如期部分还款所已偿还的借款数额，在总借款数额中减去，该部分的债权债务关系消灭。如期部分还款就其清偿部分是符合借款合同约定的，既不违约，又无损害贷款人利益，因而，贷款人应当受领。然而，另一未清偿部分的借款会发生逾期，但逾期并不消灭剩余债务，借款人应当继续清偿，并承担违约责任。

逾期部分还款，是借款人超越合同约定的履行期限而部分偿

还借款的情况。逾期后部分还款，不论偿还了多少，剩余部分仍为逾期，故此，整个借款都为逾期，借款人对整个借款承担违约责任。但是，已偿还部分因逾期时间比未偿还部分短，所以，逾期已偿还的与未偿还的，违约责任轻重有所不同，前者轻而后者重。

2. 部分支付利息问题

民间有息借款中的利息，虽是从债务，但也是借款人的债务，因此，部分履行还款义务包括部分支付利息。

借款人在部分归还本金的同时支付部分利息，或者单独支付部分利息，只要不损害贷款人的利益，不论提前、如期，还是逾期，都应当准许，贷款人都应当受领。民间借款到期后，借款人逾期部分支付利息，虽然属违约行为，但所支付的部分利息本身对贷款人并无不利，贷款人不应因逾期或未全部支付而拒绝受领。

3. 部分还款与分期还款的区别

分期还款是民间借款双方当事人在订立合同时明确约定的，虽然就整个债务来说，每期的履行也是部分履行，但是，每期按约履行是符合合同规定的，故不构成违约。只要借款人按照合同约定的每次期限按时还款付息，贷款人就不得拒绝受领，就不得追究借款人的违约责任。而借款人部分履行还款义务，既在数量上违约，又在期限上违约，从总体上看总有违约存在。

至于逾期履行还款义务的其他一些问题，在后面违约责任章节中再作阐述。

第二节　按份和连带之债的履行

一、按份和连带之债存在于多人债之中

在债的种类中，以债主体的数量为标准，可分为单一债和多人债。

单一债是指债权人和债务人各只有一人之债权债务。在民间借款合同中，表现于贷款人只有一人，借款人也只有一人的借款债权债务。单一债在民间借款中是普遍的现象，没有法定事由不会转变为多人债。但是，根据《继承法》、《合同法》和《民法通则》的有关规定，当自然人死亡发生继承，当法人或者其他组织发生分立等法定事由出现后，就有可能转化为多人债。

多人债是指债权人或者债务人的一方或者双方为两个或者两个以上而发生的债权债务。在民间借款合同中，多人债有四种情况：（1）一个借款人与两个或者两个以上贷款人发生借款关系；（2）两个或者两个以上共同借款人与一个贷款人发生借款关系；（3）两个或者两个以上共同借款人与两个或者两个以上共同贷款人发生借款关系；（4）借款和担保人与贷款人形成的担保借款关系。

单一债的法律关系简单明确，贷款人向借款人单独享有债权，借款人单独对贷款人承担债务，不会发生按份之债和连带之债。然而，多人债的关系就不同，一人为一方对多人为一方，或者多人一方对另一方的多人，所形成的民间借款的权利义务关系要复杂得多。

在民间借款中，多人债只有一个借款合同而有多个借款主体，各个借款主体的债权债务范围不尽相同。按份之债和连带之债存

在于多人债之中，是根据多个借款主体各自的债权债务范围和相互关系不同而区分出来的。

多人债又有多人债权和多人债务之分，虽然两者有着密切的联系，但因为这里仅讨论多人债的履行问题，故下文倾向于按份债务和连带债务的阐述，即集中说明按份之债和连带之债中借款人向贷款人履行还款义务的有关问题。

另外，需要强调一个问题，多人债权存在于一个借款法律关系之中，即同一借款合同之中，这是多人债所构成的一个十分重要的条件。如果借款人东也借、西也借，与多个贷款人发生多个借款关系，而成为“多债主”则不是这里讨论的多人债的问题。例如，借款人甲向乙和丙借款，乙和丙各出部分钱合起来借给甲，甲向乙和丙出具一张借条，利率和期限相同，这就构成多人债。例如，甲向乙借款，向乙出具一张借据，尔后，向丙借款，又向丙出具一张借据，甲便成为“多债主”，因为这里有两个借款合同，有两个借款法律关系，故不是这里所讨论的多人债的问题。

二、按份之债的履行

《民法通则》第八十六条规定：“债权人为二人以上的按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务”。这是一条按份之债的规定。

按份之债是指债权人或者债务人各自按一定份额享有债权或者承担债务。按份之债分为按份债权和按份债务两种情况。例如，甲、乙兄弟俩建房各缺钱，共同向丙借款2万元共同出具一张借据给丙，并言明各自的债务数额为1万元，这就是按份债务。例如，乙建房缺钱向丙、丁借款，丙和丁以共同经商的资金借给2万元，言明各人借给1万元，乙向丙和丁出具一张借据，这对丙和丁来说是按份债权。

在按份债权中，两个或者两个以上债权人只就各自的份额对债务人享有请求权；在按份债务中，两个或者两个以上债务人也只就各自的份额对债权人负有偿还借款义务。

按份之债的履行是按份债务的履行，即债务人按份额履行债务，在民间借款中表现为两个或者两个以上借款人各自按照确定的借款数额清偿债务。这里所要注意的问题是，按份债务的履行必须基于同一借款合同而发生，如上例的甲、乙共同向丙出具一张借据，该借据便是同一借款合同。如果甲向丙单独出具一张借据，乙也单独向丙出具一张借据，则是两个单一之债，不构成按份债务。

此外，民间借款之债的按份债务，还可能发生在遗产继承、企业变更和担保之中。有关这些问题在其他章节中阐述。

民间借款中的按份之债，只要其中一个借款人对自己的份额全部履行还款义务，他与贷款人之间的债的关系消灭，尚未履行的债务由其他借款人清偿，与已清偿债务的借款人无关，已按份全部清偿的借款人没有代替其他借款人履行还款的义务。

三、连带之债的履行

《民法通则》第八十七条规定："债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的两个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。"这条连带之债的规定，同样适用民间借款连带之债的履行。

连带之债是指两个或者两个以上债权人或者债务人都享有连带权利或者都负有连带义务的债。连带之债也可分为连带债权和连带债务，这里讨论民间借款连带债务的履行。

民间借款连带债务的产生有两种原因：

一是多个借款人与贷款人约定为连带债务。约定连带债务又可分两种情况：

（1）两个或者两个以上借款人共同向贷款人借款，且不分份额。例如：郑某和陈某合伙租赁一间店面做烟酒买卖生意，共同向吴某借款 2 万元，郑某和陈某在共同出具的一张借据上都签了名，并明确共同偿还。此例中约定共同偿还借款，使两个借款人之间产生连带债务关系。

（2）第三人为借款人提供担保。第三人与贷款人约定为借款人提供担保，当借款人到期未能清偿借款债务时，借款人和担保人之间产生连带偿还借款关系，即连带债务关系。

二是多个借款人依照法律规定负连带债务。债务人之间或者债务人与债权人之间没有约定连带债务，但出现某些法律行为或者法律事实时，法律直接规定债务人承担连带债务责任，这是法定连带债务。在民间借款中，常见的法定连带债务有以下几种情况：

（1）根据《合伙企业法》的规定，当合伙企业作为民间借款的借款人时，合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人对贷款人（包括其他债权人）承担无限连带清偿责任（具体问题下一节中阐述）。

（2）根据《民法通则》的规定，委托代理借款中可能会产生连带债务，如借款代理人和第三人串通，损害被代理人的利益的，代理人和第三人负连带责任；又如第三人知道行为人无代理权还与行为人实施借款行为给他人造成损害的，第三人和行为人承担连带责任。

（3）根据《合同法》的规定，当法人或者其他组织作为借款人分立的，除债权人和债务人另有约定外，分立后的新的法人或

者其他组织对借款承担连带债务。

此外，借款人死亡，多个继承人不分份额继承了遗产，那么，各个继承人应当对借款人的债务承担连带责任。

连带债务的履行与按份债务的履行一个根本的区别在于：按份债务人只需在整个债务中清偿属自己份额的债务即可，对其他债务人的债务份额无清偿义务，而连带债务人中的每个债务人都负有清偿全部借款债务的义务，其中一个或者部分债务人清偿了全部借款债务，债权债务关系就告消灭，其他连带债务人不再向贷款人清偿债务。

四、按份与连带混合之债的履行

这里按份与连带的混同，是一个民间借款合同中既有按份之债，又有连带之债，两类债同时存在。例如，甲和乙兄弟俩建房缺钱，丙和丁各出资1万元借给，并言明各自出借1万元，甲、乙共同向丙、丁出具一张借款2万元的借据，也言明各自借入1万元，但双方尚未言明谁的债权属谁的债务。在此例中，甲、乙各自欠丙、丁1万元，是按份之债务。但是，该借款合同约定甲、乙按份共同借入，丙、丁按份共同出借，没有约定丙的1万元债权是甲的债务还是乙的债务，也未约定丁的1万元的债权是甲的债务还是乙的债务。那么，甲对丙和丁负有1万连带债务，乙对丙和丁也负有1万元连带债务；从贷款人角度看，丙对甲和乙享有1万元连带债权，丁对甲和乙享有1万元连带债权。由此可见，按份之债与连带之债混同的情况是存在的。但是，不论借款人甲或乙，只要全部清偿自己的份额债务，他与贷款人丙和乙的债的关系就告消灭，未清偿的份额由另一借款人履行。

五、连带债务清偿后的按份债务

连带债务中一个或者一部分连带债务人偿还了全部借款，整个借款法律关系消灭，对方贷款人作为债权人资格随之消灭。但是，在连带债务人内部，并不免除未履行还款义务或少履行还款义务的借款人的义务。根据《民法通则》第八十七条规定，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。这里的“份额”是指连带债务人履行连带债务后在各借款人（包括有关债务人）之间产生的债务份额。在民间借款的实践中，这种份额的确定主要有以下几种情况：

（1）按实际使用数额确定。各个借款人共同借款后，分开使用的，各有自己的实际使用数额，各自实际使用的数额就是各自的份额。甲、乙共同借款 2 万元，甲实际使用 1.5 万元，乙实际使用 0.5 万元，这就是不等数的份额。甲向贷款人归还了 2 万元，就可以向连带责任人乙要求偿付 0.5 万元。

（2）按约定数额确定。在有些情况下，各借款人共同借款后共同使用，实际使用数额未予明确分开，但内部已约定各自债务数额。在此种情况下，已向贷款人履行了全部还款义务的借款人，可以按约定的份额向其他连带责任人追索。如果实际使用数额不明确又无约定的，就应当根据公平合理原则，以等额为标准确定份额，然后向未清偿或者少于份额清偿的其他连带责任人追索。

（3）按利润分配或者亏损比例确定。这种份额的确定，主要适用于合伙企业为借款人的情况。

第三节　合伙企业及合伙人借款之债的履行

合伙企业是依法设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资，

合伙经营，共享收益，共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙企业中的合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，这是合伙企业的一大法律特征。这一特征使之区别于自然人和其他性质企业的债务责任承担，故有必要对合伙企业借款之债的履行作专题分析。

一、先以合伙企业全部财产清偿债务

合伙企业向自然人借款，到期不能清偿民间借款债务，与合伙企业其他债务一起，先以合伙企业的财产清偿债务，贷款人不能直接要求合伙人承担还债责任。理由：合伙企业是借款人，是民间借款合同中的债务主体，当这个债务主体存在并有财产时，应当以其财产先清偿债务。合伙人不是借款合同中的债务主体，贷款人在合伙企业存在并有财产的情况下，向合伙人追索，合伙人可以予以拒绝，向人民法院起诉合伙人的，人民法院应当以被告主体不适格驳回起诉。合伙企业是由合伙人组成的依法成立的集合体，它有自己的主体资格，而合伙人相对合伙企业来说是个体，它另有自己的主体资格，两个相对独立的主体资格不得混同。债的履行是债务主体的义务，除合伙人自愿外，债权人一般不得在合伙企业有财产的情况下要求合伙人代替合伙企业清偿债务。合伙企业的财产由各合伙人出资和合伙企业积累而形成的，不属于集体和国家的财产，实际上属于各合伙财产，因而，合伙企业有财产可供清偿，并不妨害贷款人实现债权。只有合伙企业作为债务人出现财产不足清偿到期债务，或者解散、分立等主体资格丧失的情况，债的履行主体发生了变化，才会涉及到合伙人履行合伙企业的债务问题。

根据《合伙企业法》第三十九条规定，合伙企业不仅应先以财产清偿债务，而且先以全部财产清偿。合伙企业全部财产不足

清偿债务，说明该合伙企业已经资不抵债，达到破产程度，此时，不足清偿到期债务的部分，由各合伙人承担连带清偿债务的义务。

二、合伙人连带清偿借款债务

合伙企业以全部财产清偿到期债务后，该合伙企业实际上不能存在，不再有清偿债务的能力，此时，剩余债务的承受者便是各个合伙人，各个合伙人对债权人承担连带责任。

各个合伙人对合伙企业的债务承担连带责任，有两个基本条件限制：

一是企业财产不足清偿到期债务。在掌握这个条件时，要注意两个问题：(1) 在通常情况下，合伙企业先以全部财产清偿债务后，合伙人才开始对不足清偿部分的债务承担连带责任，但是，实践情况并不如此简单，有些合伙企业虽有财产，但某些财产往往无法变现（如陈旧的机器设备），或者长时间无法处理，或者因法律问题不能处理（如未经批准所建的厂房）。在这些情况下，如果等到所有财产处理完毕后再由合伙人清偿债务，则明显不利于债权人实现债权。所以，合伙企业先以全部财产清偿债务，对合伙人清偿合伙企业债务而言，既是个先后顺序问题，也是责任承担范围问题，但是，这并不一定要求全部财产处理完毕后，合伙人才开始履行连带债务。在实践中，只要合伙企业的财产基本处理完毕，各合伙人就应当承担清偿连带债务。至于合伙人清偿债务后，难以处理的财产仍属各合伙人所有。

二是合伙企业财产不足清偿部分的债务必须已经到期。合伙企业以财产清偿到期债务后，尚未清偿的由合伙人清偿的债务应当是到期债务，未到期的，合伙人可以不清偿，待到期后再落到各个合伙人连带偿还。如果合伙企业在债务到期前已将债务依法落实到合伙人的，只要不损害债权人的利益，也应予承认。

三、合伙人内部确定按份责任

合伙人对合伙企业的外债承担连带清偿责任后，内部要落实债务责任，这就涉及到各合伙人内部按份债务问题。《合伙企业法》第三十二条第一款规定："合伙企业的利润和亏损，由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担；合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的，由各合伙人平均分配和分担"。合伙企业亏损，就有可能负有债务，其中也有可能是民间借款债务。

从这条规定中可以看出，合伙人内部对合伙企业的债务承担按份责任，其份额的确定有两种标准：一是按合伙协议约定的比例分担，二是平均分担。

关于按合伙协议约定分担问题。根据《合伙企业法》第十三条第一款第（五）项规定，合伙协议应当载明亏损分担办法。因而，在通常情况下，合伙人承担合伙企业的债务都有合伙协议中的比例为依据的。合伙协议约定亏损分担比例，一般以出资比例来确定的。如甲、乙、丙三人合伙办一个砖瓦厂，甲出资 5 万元，乙出资 3 万元，丙出资 2 万元；利润分配比例和亏损分担比例通常约定为：甲$\frac{5}{10}$，乙$\frac{3}{10}$，丙$\frac{2}{10}$。这是典型的普遍的债务分担比例协议。如果该砖瓦厂发生严重亏损，负有 15 万元债务，砖瓦厂转让给他人所得 5 万元清偿债务后，尚欠 10 万元债务，按该厂的合伙协议约定，亏损债务分担为：甲、乙、丙三人各自的债务份额为 5 万元、3 万元和 2 万元。如果合伙协议另有约定，则按约定承担。

关于合伙人平均分担问题。合伙协议未约定债务分担比例的，不是机械地将债务总额除以合伙人数确定每个合伙人的债务份额，如果这样做，就容易失去公平，造成债务承担不平衡。如上

例甲、乙、丙三人创办砖瓦厂，如果合伙协议未约定利润分配比例和亏损分配比例，但已有明确的出资比例，就不能将10万元债务按1/3分担，如果这样分担，甲显然有利，而丙明显不利。这里的平均分担，是指以出资比例和利润分配比例来平均分担。

确定合伙人的债务份额，是落实合伙人内部债务责任问题，合伙人不能以内部按份债务来对抗债权人要求各合伙人承担连带责任的请求权。如上例中的甲、乙、丙，对10万元合伙企业总债务都负有全部清偿义务，而不能以各自$\frac{5}{10}$·$\frac{3}{10}$·$\frac{2}{10}$的份额为由对债权人，拒绝履行10万元连带债务义务。

四、合伙人之间的债务追偿

各个合伙人对合伙企业的债权人承担无限连带责任，以出资以外的自有财产清偿债务，且每个合伙人都负有全部清偿合伙企业全部债务的义务。因此，实践中就会出现一个或者部分合伙人全部清了合伙企业债务的情况。当这种情况出现后，为了保护已清偿债务的合伙人的合法权益，《合伙企业法》第四十条第二款规定："合伙人由于承担连带责任，所清偿数额超过其应当承担的数额时，有权向其他合伙人追偿。"

这种追偿是合伙人内部的债务求偿，追偿中的债权人是已经向合伙企业的债权人全部清偿企业债务或者超过应当承担份额的合伙人；追偿中的债务人是未向合伙企业债权人清偿企业债务或者少于应当承担份额的合伙人。合伙企业的债权人和如数按份清偿自己债务的合伙人，不是追偿法律关系中的债权人或者债务人。

合伙人追偿的理由是自己因合伙企业债务而承担连带责任，在向合伙企业的债权人清偿连带债务时超过合伙企业内部确定的应当承担的份额。

追偿的数额范围限于超过自己应当承担份额的那一部分，如应当承担份额为3万元，而该合伙人向债权人清偿了5万元，该合伙人只能向其他未清偿或者少清偿的合伙人追偿超出的2万元，而不是5万元。

追偿的前提条件是各个合伙人的债务份额已经确定，如果各合伙人承担合伙企业债务的份额尚未确定，已清偿的合伙人是否超额清偿就缺乏量上的标准，有无追偿权和追偿标的额就难以解决。

追偿的途径有自行催讨和提起诉讼。从实践来看，都先自行催讨，在催讨无果的情况下才提起诉讼，但是，直接提起诉讼的，人民法院也应依法受理。

五、新入伙人和退伙人的连带责任问题

合伙企业成立后，可以依照法律规定和协议约定吸收新的合伙人，原来的合伙人也可以退出合伙企业。当合伙企业负有债务时，就会涉及到新入伙人和退伙人是否承担债务和如何承担债务的问题。

1. 新入伙人的连带债务责任

《合伙企业法》第四十五条第二款规定："入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。"合伙企业已负有债务，不论是否资不抵债，他人要求加入该合伙企业，经全体合伙人同意，依法订立书面入伙协议后，成为新的合伙人。新合伙人在订立书面入伙协议时，应当明确对入伙前合伙企业已经所负的债务与原合伙人承担连带责任，如果入伙协议不要求新入伙人对此债务负责，则以不损害债权人实现债权为前提，否则，仍依法律规定承担连带责任，新入伙人不得以此为由对抗合伙企业的债权人。至于对入伙后合伙企业发生的债务与其他合伙人承担连带责任，则

是无疑的。

2. 退伙人的连带责任

合伙企业中的合伙人按照合伙协议的约定和法律的规定以及经全体合伙人同意退出合伙企业的，一般也要对此前的合伙企业的债务与其他合伙人承担连带责任。在实践中，合伙企业生产经营状况良好，合伙人之间关系融洽，合伙人一般不愿退伙。合伙人退伙大多数在合伙企业生产经营不景气，且有负债的情况下发生的，因此，退伙与债务发生一定的关系。《合伙企业法》第五十四条规定："退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。"

退伙人所要承担的连带债务有两个基本条件：一是该债务是退伙前合伙企业所负的债务，至于合伙企业在退伙人退伙后所负的债务，与退伙人无关，故退伙人对退伙后原合伙企业的债务不负清偿责任；二是该债务是已发生的合伙企业的债务，这里指的是"已发生"的债务，而不是到期债务。合伙企业债务在退伙人退伙前已经发生，不论是否到期，退伙人与其他合伙人都要承担连带责任，但退伙人的连带债务只有到期后才必须履行。如果其他合伙人或者退伙人全部或者超过份额履行还债义务的，同样可以向未履行或者少于份额履行的连带责任合伙人(包括退伙人)追偿。

第四节　借款人向第三人履行债务

根据合同相对性原理，民间借款合同中的贷款人提供借款后，借款债务的履行是借款人的义务，且借款人应当向贷款人亲自履行。民间借款合同以外的第三人不是贷款人，因而不享有民间之债的权利。由此可见，借款人向第三人履行对贷款人属无效行为，

第三人无故接受当属不当得利。

但是，在民间借款活动中，有些当事人为了节约履行成本，提高资金运转效率，方便生产和生活，约定由借款人向第三人履行还款义务。过去，对这种情况，双方当事人约定合法且无争议的，实践中予以承认，诉讼中也予以支持，但缺乏法律明文依据。现《合同法》第六十四条规定："当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。"这条规定使民间借款的借款人向第三人履行债务及借款人违约的责任承担有了法律依据。

一、第三人成为债权人

贷款人与借款人订立民间借款合同约定由借款人向第三人履行还款义务的，该合同对第三人产生法律效力，该第三人虽非贷款人，但依照该合同成为债权人。例如，甲借乙 1 万元钱，因乙又欠丙 2 万元钱，甲乙双方约定，借款到期后，由甲直接将 1 万元借款交给丙，以抵偿乙欠丙的部分债务。

双方当事人订立的借款人向第三人履行还款义务的民间借款合同，借款人处于债务人的位置不变，而债权人由贷款人变为第三人，即第三人代替了贷款人成为债权人。第三人据此约定取得向借款人请求还债的权利，借款人据此约定不向贷款人而直接向第三人履行还债义务。借款人与贷款人已经订立此种民间借款合同，贷款人又向借款人主张清偿债权的，借款人有权予以拒绝；借款人向贷款人还债，贷款人接受的，都属违约行为。

二、几个特定要求

民间借款合同约定，借款人向第三人履行还款义务，第三人接受借款人履行，对第三人来说是代位受领债权。代位受领债权

有以下几个特定要求：

1. 当事人在合同中已有明确约定

民间借款在订立合同时，借款人和贷款人明确约定由借款人向特定的第三人还款，且作为合同中的一项条款确定下来。如果民间借款合同中没有此项内容，合同订立后，贷款人通知借款人向第三人还款，据此，借款人向第三人履行还款义务的，是债权转移，而不是这里所说的约定由借款人向第三人履行还债义务。

2. 代位受领债权的第三人不是合同中的当事人

第三人是相对合同当事人而言的，代位受领债权的第三人不是合同中的当事人，没有参与合同的订立，没有在合同上签字或盖章，没有向借款人提供借款，也不存在委托代理人参与订立合同，但按照合同的约定享有请求和接受借款人还债的权利。如果债权受领人参与订立民间借款合同，就是贷款人或者借款代理人，而不是第三人。

3. 第三人只享有合同权利而不承担合同义务

借款人向第三人履行还债义务的民间借款合同，只能给第三人设定权利，即请求履行债务和受领债权的权利，而不能给第三人设定义务。如果合同的双方当事人未经第三人同意而为第三人设定义务，该合同对第三人无效。但是，代位受领债权的民间借款合同不为第三人设定义务并不是说第三人不承担任何义务，有时，第三人为了实现他人为自己设定的权利，也应当承担一些义务，例如，民间借款合同约定由第三人到借款人处取款，第三人据此约定到借款人处取款，如不损害第三人利益，第三人应当履行此义务。

4. 无须第三人同意和通知借款人

民间借款合同只为第三人设定受领债权的权利，可以不经第三人同意即可生效。但是，第三人对他人给予的权利可以接受，也

可以不接受。第三人不接受的，由贷款人自己享有权利，这并不损害第三人的利益。从实践来看，贷款人在合同中约定由借款人向第三人履行还款义务，都是事出有因的，如贷款人向第三人还债，贷款人再将该笔钱借给第三人，贷款人向第三人投资等等，为了让第三人知道受领和方便请求，则应通知第三人。

三、实践中应当注意的几个问题

这种民间借款合同因第三人不是合同中的当事人却为债权人，故合同之债的履行与普遍合同的履行有所不同，在实践中应当注意以下几个问题：

1. 与债权转让的区别

《合同法》第七十九条至第八十三条规定的债权转让与第六十四条规定由债务人向第三人履行债务的情况有相似之处，特别是在债权主体上，原债权人应当享有的债权在这两种情况下都转移于第三人享有，债务人都得向第三人履行债务，但在民间借款合同中有两点明显区别：一是债权转让在原民间借款合同中没有约定，而是在合同生效后发生的；这里的借款人向第三人履行债务是借款合同中明确约定的。二是债权转让以通知债务人为生效条件，未通知债务人债权转让对债务人无效，而后者因贷款人已与借款人协商一致，且为生效合同的内容，故不再需要通知借款人。

2. 借款人违约向贷款人承担责任

民间借款合同约定由借款人向第三人履行债务，而借款人违反合同约定未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，是一种违约行为，应当承担违约责任。那么，在这种情况下向谁承担违约责任？合同违约责任应当由违约方向对方当事人承担，而第三人不是合同中的当事人，故此，借款人违约应当贷款人承担违约责任。根据《合同法》第六十四条规定，第三人对债的请求权

与对违约的请求权是分离的，即第三人对债务人基于合同的约定有债的请求权，要求债务人按照合同的约定向自己履行债务，但当债务人违约后，追究违约责任的权利人又是债权人，第三人无权请求债务人承担违约责任。至于债权人与第三人的关系问题则应另行处理。

3. 增加借款人负担的费用由贷款人承担

民间借款在通常情况下由借款人向贷款人履行，由于借款合同特别约定向第三人履行，而使借款人因此而增加费用负担的，当由贷款人承担。例如，借款人是贷款人的近邻，借款人还债不需支付交通费，贷款人主张向第三人履行，该第三人远在他处，使借款人送钱上门还债增加了交通费用，这部分增加的费用应由贷款人承担，如果第三人同意由其承担则应准许。

4. 第三人没有变更、解除、撤销权

民间借款合同的变更、解除、撤销的权利由合同当事人依法行使，而第三人不是民间借款合同的当事人，故不具有变更、解除、撤销合同的权利。如果第三人不接受民间借款合同中的权利，只要表示放弃即可。

第五节 第三人向贷款人履行债务

在民间借款合同中，借款人是债务人，借款人应当直接向贷款人履行义务还债。但是，当借款人与贷款人约定，由第三人向贷款人履行还债义务时，第三人便成为债务履行的辅助人。《合同法》第六十五条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”

一、基本问题

在通常情况下，谁负债谁偿还，借款人借了钱应当自己偿还。但是，现实生活是错综复杂的，存在着我借钱你还债的情况。例如，甲欠乙一笔钱，乙又向丙借款，乙与丙在借款合同中约定，乙借用的钱由甲归还给丙，这就是第三人向贷款人履行债务的合同。当然，甲没有向乙借钱而自愿为乙向丙清偿债务，也当属第三人向贷款人履行的情况。

在订立民间借款合同时，由第三人履行的要求大多数是借款人提出的，但是，是否接受，贷款人的意思表示起着决定性作用。如贷款人认为第三人比借款人偿还能力强，且相信第三人能够为借款人履行债务，就会接受由第三人履行债务的要求；如果贷款人认为接受第三人履行债务毫无意义（如第三人根本无履行能力）则可以拒绝，甚至拒绝出借。《合同法》规定允许当事人约定由第三人向债权人履行债务，是以合同自由原则为依据的。这一规定有利于债权人充分实现债权，因为，第三人不履行债务，债务人仍负有向债权人履行债务的义务，第三人履行债务不符合约定，债务人仍可要求债权人承担违约责任。由此可见，此种民间借款合同有两个债务履行人：主履行人——借款人，辅助履行人——第三人。

由第三人向贷款人履行债务的民间借款合同，是由借款人与贷款人协商一致订立的，第三人没有参与订立合同，因此，该种合同的当事人是借款人和贷款人，第三人不是合同当事人，然而，借款人和贷款人却为第三人设定了义务。根据一般民事法理原则，合同当事人不得为第三人设定义务，如果为第三人设定义务而损害第三人利益的，则该种合同对第三人无效。然而，这种合同并不一定都会违背第三人意志，损害第三人的利益，如上例中乙与

丙在民间借款合同中设定甲向丙履行还债义务，因甲欠乙的钱也应偿还，故这种约定仅改变履行主体，减少履行环节而已；又如父借钱，父与贷款人约定由其子归还，如果其子愿意代父还债，就不违背其子意志。

从实践来看，民间借款当事人在订立合同时为第三人设定义务都是有一定事由的，如第三人事前就欠借款人的钱；又如第三人与借款人交情很深，眼前无钱借给借款人，但表示借款人向他人借款后自己为其归还；再如，弟作为借款人，其兄可能会为其弟还债，等等，这些事由的存在，都有可能导致这类合同的订立。民间借款合同当事人为第三人设定义务，不一定事先都已得到第三人认可，由于一定事由的存在，不少第三人事后也予认可，并能实际履行。因此，不能认为这类合同一订立就对第三人无效，而应当允许订立，然后视第三人是否实际履行而定。

二、该种合同的特点

第三人不是这种民间借款合同的当事人，却被借款人和贷款人设定了还债义务，故与其他合同比较有三个不同的特点：

1. 第三人没有与贷款人达成协议

《合同法》第六十五条中的“当事人”，对民间借款合同而言是借款人和贷款人。借款人和贷款人订立由第三人向贷款人履行债务合同，事先，借款人可能与第三人有此同一内容的协议，即借款人与第三人都同意由第三人向贷款人履行债务；也可能第三人单方向借款人表示上述意思；还有可能第三人没有向借款人表示此意思而完全由借款人和贷款人商定。但是，此种合同要求第三人没有与贷款人达成上述内容的协议。如果第三人和借款人一起与贷款人在借款合同中达成上述内容的协议，那么，第三人就不是第三人，有的可能直接成为借款人，有的可能与借款人一起

成为共同债务人。

2. 第三人是履行债务辅助人

第三人没有在借款合同上以借款人或者连带债务人的身份签名或者盖章，因而第三人向贷款人履行还债义务，仅是借款人履行债务的辅助人，而不是借款合同的当事人，贷款人不能直接向第三人请求履行还债义务，也不能直接要求第三人承担违约责任。如果第三人不履行债务，或者履行债务不符合约定，则属借款人违约，借款债务仍由借款人清偿，违约责任仍由借款人承担。故此，《合同法》第六十五条规定，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

3. 以第三人实际履行为合同有效条件

当事人在合同中为第三人设定义务，实际上是拟制的，不论第三人是否同意，借款人与贷款人都可以拟制这种义务，只不过第三人不同意，或者实际上没有履行债务，该借款合同对第三人无效，贷款人不能向第三人请求履行债务，而只能追究借款人的违约责任，因此，只有第三人实际上向贷款人履行债务，该合同中的该内容才为有效。至于借款人与第三人的有关问题，应另行处理。

三、与由借款人向第三人履行债务的区别

这一节由第三人向贷款人履行债务与上节由借款人向第三人履行债务，虽然都涉及第三人和履行债务问题，但是，两者履行主体和受领主体完全不同，并由此带来其他问题不同：

1. 履行与受领的主体不同

《合同法》第六十四条规定的由债务人向第三人履行债务，对民间借款合同来说，作为债务履行主体的借款人不变，而作为债权主体的贷款人，其债权由第三人受领，即第三人代替贷款人享

有债权；《合同法》第六十五条规定的由第三人向债权人履行债务，却与前者相反，贷款人作为债权人不变，而债务履行主体由第三人代替借款人。也就是说，前者第三人处于债权人地位，而后者第三人处于债务人地位。

2. 为第三人设定权利义务不同

上述两种第三人都不是民间借款合同的当事人，其权利义务都由借款人和贷款人予以设立。但是，这两种第三人的权利义务截然不同。借款人和贷款人按照《合同法》第六十四条规定，给第三人设立的是权利，即第三人享有债权；双方当事人按照《合同法》第六十五条规定，给第三人设立的是义务，即第三人向贷款人履行还债义务。

3. 合同效力不同

为第三人设定权利的合同，因不损害第三人的利益，该合同的效力及于第三人，即对第三人有效，第三人基于该合同可以向直接请求债务人履行债务，并享有受领债权的权利。如果第三人明确表示拒绝，则不导致合同无效，也不免除债务人的债务，债务人应当向债权人履行债务。

为第三人设立义务的合同，如果未得到第三人的实际履行，该合同就对第三人无效。即使第三人已向债务人表示同意或者与债务人达成协议，到期若未履行债务，债权人只能要求债务人履行还款义务或者承担违约责任，而不能直接要求第三人还债或者承担违约责任。

四、与债务转移的区别

由第三人向贷款人履行债务与借款债务转移，两者在构成条件和法律效力上有以下几个区别：

1. 在民间借款合同中有无约定不同

债务转移的前提条件是债的关系已经成立有效，因而，债务转移在合同之债产生之后，对民间借款而言是合同生效之后。原民间借款合同中没有第三人履行借款债务的内容，而是事后由第三人与借款人约定，经贷款人同意，借款人将债务转移到第三人身上，第三人成为当事人，即债务人。这里的由第三人向贷款人履行债务，通常为民间借款合同中约定的内容。

2．是否是合同当事人不同

由第三人向贷款人履行债务，是借款人与贷款人的约定，第三人没有参与民间借款合同的订立，因而不是当事人。民间借款的债务转移，是借款人与第三人的约定，这种约定经贷款人同意后，使民间借款合同的债务转移给第三人履行，该第三人取代了债务人的地位。

3．是否经贷款人和第三人同意不同

当事人约定由第三人向债权人履行债务，无须第三人同意，合同即告成立，但合同对第三人不一定有效；对债权人来说，他已与借款人约定，同意由第三人向其履行债务的意思已经表示明确。而债务转移，债务人与第三人协商后，还需债权人同意才有效。

4．是否直接向第三人请求不同

第三人向贷款人履行债务，因是借款人与贷款人约定的，第三人不是合同当事人，故贷款人在第三人不履行债务或者履行债务不符合约定时，不得直接向第三人请求履行或者追究第三人的违约责任，而只能请求债务人履行或者承担违约责任。债务转移则不同，债权人可以直接向第三人（新债务人）请求，而不能再向原债务人请求。

5．履行内容转移和履行主体增加不同

债务转移是债务内容和债务主体的转移，对民间借款而言，借款人将自己应当履行的还债义务转移给第三人，不仅脱离了债务

内容，而且脱离了债务人地位，贷款人不得再向其请求，而应当向新的债务人请求。由第三人向债权人履行债务，增加第三人为债务履行辅助人，债务人在第三人没有全部履行债务之前不脱离债务，借款人仍为债务人。

第六节　夫妻借款债务的归属和清偿

夫妻关系是基于婚姻而形成的自然人之间的特殊关系。这种关系不同于企业与企业、企业与股东的关系，也不同于其他自然人之间的关系。当夫妻一方或者双方对他人负有民间借款债务时，该债务的归属和清偿在法律上有着特殊性，且在司法实践中经常遇到。这里分析婚姻存续期间、离婚时和离婚后的借款债务归属和清偿问题。

一、婚姻存续期间夫妻借款债务的归属

借款债务以夫妻共同财产清偿，还是以配偶一方个人财产清偿，首先要搞清夫妻债务的归属问题，这是正确处理夫妻借款债务的前提和基础，对贯彻婚姻法的基本原则，保护婚姻当事人和债权人的合法权益都有重要意义。根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》的规定，夫妻借款债务的归属分为两种情况，一是夫妻共同债务，二是一方个人债务。

1．夫妻共同借款属于夫妻共同债务

夫妻对外所产生的借款债务，在通常情况下，视借款用途确定债务归属：如果所借取的金钱用于共同生活的，就属夫妻共同债务；如果用于个人生活而与共同生活无关的，则属个人债务。但是，当夫妻俩一起向贷款人借款时，因为夫妻俩都是借款人，就

不需区别借款用于共同生活或者个人生活，即使用于一方个人生活，因为另一方也是借款人，在婚姻存续期间，这种借款所产生的债务，与夫妻共同债务没有本质上的区别。

夫妻共同借款在表现形式上，夫妻俩通常在出具给贷款人的借据上都签上各自的姓名。如果夫妻俩一起去借，而在借据上只签上配偶一方的姓名，或者只以配偶一方的名义借款，而一方借款用于个人生活，对这种情况也可认定为夫妻共同借款。

2. 一方借款用于共同生活的亦属夫妻共同债务。

在婚姻存续期间，配偶一方为了共同生活而向贷款人借取金钱所负的债务也属夫妻共同债务。一方借款用于共同生活的，不论对方配偶是否知道借款和是否反对借款，都属于夫妻共同债务。

根据有关法律规定、司法解释和审判实践经验，一方借款用于共同生活，属于夫妻共同债务的，主要有以下几种情况：

（1）抚育子女、赡养老人所负的债务；

（2）购置耐用消费品及日常生活支出所负的债务；

（3）建筑、装修房屋所负的债务；

（4）治疗疾病所负的债务；

（5）双方共同从事个体经营、农村承包经营所负的债务；

（6）一方以个人名义从事个体经营或者农村承包经营，以家庭共有财产投资或者收益用于共同生活所负的债务；

（7）婚前一方借款购置的房屋等财物已转化为夫妻共同财产的，为购置财物借款所负的债务；

（8）婚前一方所欠的债务，结婚时间满十年仍未清偿的（双方另有约定的除外）；

（9）夫妻一方受另一方虐待等，无法共同生活而离家出走，出走方没有过错的，其为日常生活所需开支及治疗疾病、抚养子女所欠的债务；

（10）夫妻双方结婚前合资筹办结婚用品所欠的债务；

（11）非法同居、无效婚姻的一方或双方在同居期间为共同生活所欠的债务。

3. 一方借款为个人所用而与共同生活无关的属个人债务。

在婚姻存续期间，夫妻中的一方在婚前所负的借款债务和婚后与共同生活无关的为个人所用的借款债务，是个人借款债务。个人借款债务主要有：

（1）除逃避共同债务外，夫妻双方约定由个人负担的债务；

（2）未经对方同意，将借取的款项擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；

（3）一方未经对方同意，独自借款集资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；

（4）夫妻关系存续期间，双方关系恶化分居生活，一方从事经营所欠的债务；

（5）婚前所负的债务，结婚时间未满十年的；

（6）一方因个人实施违法行为所负的债务；

（7）一方为满足私欲而挥霍所负的债务；

（8）其他个人借款而与共同生活无关的债务。

二、婚姻存续期间借款债务的清偿

1. 关于夫妻共同债务的清偿问题

先以共有财产清偿，后以个人财产清偿。当借款债务为夫妻共同债务时，夫妻俩便是共同债务人，夫妻共有财产便是债务责任财产，故应以夫妻共有财产清偿共同债务。当夫妻俩既有共同财产，又有个人财产时，应先以共有财产清偿债务，不足部分由个人财产清偿。当以个人财产清偿夫妻共同债务时，因婚姻存续期间配偶双方对共同债务负有连带清偿责任，故可不分夫妻债务

份额，一方有个人财产的就应以自己的财产清偿全部未清偿的债务，双方都有个人财产的都以自己的财产清偿未清偿的债务，夫妻任何一方不得以债务份额对抗债权人。这里提出先以共有财产清偿，后以个人财产清偿，以及个人财产清偿不分夫妻债务份额问题，其意义主要体现在法院强制执行程序之中，也就是说，人民法院在执行夫妻共同借款债务时，应当如此执行。

2. 关于一方借款是共同债务的执行问题

民间借款案件经过法院裁判后借款人仍不履行义务的，贷款人债权的实现和债务人债务的清偿，通常要通过执行程序来解决。夫妻一方向他人借款用于共同生活，到期没有返还，贷款人通常只以该方借款人为被告提起诉讼，人民法院也只判令该方借款人清偿债务。在这种情况下，被执行人只是该借款人，对方配偶不是法律文书中的债务人，这就产生这么两个问题：一个问题是被执行人只是一方，而执行标的物是夫妻共同财产；二是共有财产不足执行时，执行另一方个人财产时如何处理被执行主体问题。夫妻共有财产在婚姻存续期间是不可分割和不分份额的，因而，以配偶一方为被执行人即可对夫妻共同财产进行执行。遇到的关键问题是：被执行人只是配偶一方，夫妻无共同财产可供执行，或者共同财产不足执行，如何执行另一方配偶的个人财产问题。前面已经说明，一方借款是共同债务的，当共同财产不足清偿时，另一方配偶应以个人财产清偿，这说明另一方配偶虽然不是借款人，但负有以个人财产清偿共同债务的责任。基于这种责任，人民法院在执行程序中可裁定追加另一方配偶为被执行人，然后依此裁定执行另一方配偶的个人财产。如不追加另一方配偶为被执行人，执行另一方配偶的个人财产就缺乏执行根据。

3. 个人债务的清偿问题

夫妻中一方借款属于个人债务的，应以个人财产偿还，个人

财产不足清偿的，以共同财产中应有份额清偿。

在婚姻存在期间，配偶一方的个人财产主要有：

（1）婚前或者婚后约定为个人所有的财产；

（2）婚前个人所有的财产，如婚前购置的动产、不动产，劳动收入的储蓄，又如婚前个人继承、受赠所取得的财产等；

（3）已登记结婚，尚未共同生活，各自出资购置、各自使用的财物；

（4）婚前复员、转业军人所取得复员费、转业费和从部队带回的医药补助费、回乡生产补助费，或者婚后10年内取得的复员费、转业费。

上述财产是个人财产，但法律和政策规定可转化为共同财产的，应为夫妻共同财产，如婚前个人购置的房屋，婚后共同使用经过8年的，视为夫妻共同财产。

当某一借款被确认为个人债务后，首先，应以上述个人财产进行清偿。没有个人财产，或者个人财产不足清偿的，应以夫妻共同财产中负债方应有份额的财产清偿。在司法实践中，不少审判人员和执行人员混淆夫妻间的债务归属和分别清偿问题，判决书中没有判明是夫妻共同债务还是个人债务，执行中不分执行标的是共同财产还是个人财产，以致造成判决不当和执行错误，侵害了不负债务一方配偶的合法权益。

三、离婚时借款债务的归属和清偿

夫妻离婚，首先涉及人身关系，如有财产的亦涉及财产关系。在财产关系上，包括夫妻共同财产的处理和共同债务的清偿。夫妻离婚时，对外清偿债务总体上实行共同债务以共同财产清偿、个人债务以个人财产清偿的原则。

《婚姻法》第三十二条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所

负的债务，以共同财产偿还。如果该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还”。根据这条规定和有关司法解释，夫妻离婚时，民间借款债务的清偿要注意以下几个问题：

1. 共同债务以共同财产清偿

在离婚时，夫妻负有共同债务，且有共同财产的，应当先以共同财产清偿共同债务，清偿共同债务后如有多余共同财产，再对剩余共同财产进行分割。但是，在离婚诉讼中，人民法院准许原告与被告离婚的同时，仅就原告与被告的共同财产和共同债务进行分割享有或承担，并不判令原告和被告以共同财产向债权人清偿共同债务。因为，离婚与债务是两个法律关系，离婚诉讼只解决夫妻共同债务在原告和被告内部之间的分担问题，不解决离婚当事人与借款债权人的借款债务纠纷，即使债权人提起借款债务诉讼也不能与离婚案件合并审理。故此，夫妻共同债务的分担，在离婚判决书和调解书中表现为：哪几笔借款债务由一方承担，哪几笔借款债务由另一方承担，或者一笔借款债务由一方承担多少数额，另一方承担多少数额。

2. 夫妻双方协议清偿共同债务

夫妻双方负有共同债务，在离婚时可以协议分担清偿。离婚当事人协议分担清偿共同债务，分案内案外两种情况进行处理：

一是离婚案中协议。在离婚诉讼案件中，离婚当事人之间、离婚当事人与贷款债权人之间，对夫妻共同债务的归属、数额等无争议的，离婚当事人之间可以协议分担。夫妻双方对共同债务分担经协议达成一致意见后，人民法院可按协议内容判决离婚当事人分担，或者在离婚调解书中对协议债务分担予以确认。

二是离婚案外协议。离婚当事人及其贷款债权人之间对夫妻共同债务无争议的，离婚当事人双方也可以在离婚案件外协议解

决。案外协议达成一致意见的，不在离婚判决书或者调解书中判明或者确认。

这里的协议是指离婚当事人之间分担共同债务的协议。如果贷款债权人也参与协议，贷款债权人与离婚当事人达成债务分担和清偿协议的，不是离婚诉讼案件内容，而是贷款债权人与借款债务人（即离婚当事人）对借款债务的处理。离婚当事人协议分担共同债务，贷款债权人没有参与或者未表示同意的，该协议对离婚双方当事人具有约束力，但不得以此对抗贷款债权人，特别是不得以协议已分债务份额或者债务已归一方为由，对抗贷款债权人向离婚双方当事人追索权利。例如，夫妻共同借款债务为5万元，离婚时，双方经协议，男方承担4万元，女方承担1万元，这对男女双方而言是有约束力的，但贷款债权人仍可就5万元的债权，有权要求双方或者任何一方偿还全部5万元债权。但其中一方已向债权人偿还全部5万元共同债务，或者超出协议所分担数额的，就超出协议分担数额部分，可以以协议为依据向另一方追索。

3. 法院判决分担清偿债务

根据《婚姻法》第三十二条的规定，夫妻离婚时，如果夫妻共有财产不足清偿夫妻共同债务时，双方对剩余共同债务不愿协议分担，或者协议不成的，由人民法院作出判决，判令一方或者双方各自承担一定数额的债务。在作出这种判决时，要注意保护女方、残疾方的合法权益，要注意适当减轻经济能力弱方的债务。

有不少学者根据《婚姻法》第三十二条的规定认为，人民法院对夫妻共同债务判决分担清偿应以先以夫妻共有财产清偿共同债务，只有夫妻共同财产不足清偿时，才能判决分担清偿为前提条件。从审判实践来看，绝大多数案件的判决并不以此为前提条件，而在分割夫妻共同财产的同时判决分担债务。我们认为，这

种判法是符合民事诉讼法要求的。

四、离婚后借款债务的归属和清偿

夫妻离婚后，婚姻关系已经解除，共同财产已经分割，此时，在婚姻存续期间的借款债务尚未处理清偿的，已经不存在以夫妻共同财产清偿问题，只能确认所负债务是个人债务还是共同债务后，分别不同情况落实清偿责任。

（一）个人债务仍由个人清偿

夫妻婚姻存续期间所负的借款债务属个人债务的，离婚后仍由一方个人清偿。贷款债权人为此提起诉讼的，应单列该方债务人为被告，人民法院只判令该方债务人承担履行还款义务。该方被告债务人认为所诉借款债务属原夫妻共同债务，主张与原配偶分担清偿的，该被告负有对主张共同债务的举证责任，如能提供足够证据的，人民法院应当追加其原配偶为共同被告，然后依法作出判决。

（二）共同债务连带清偿

有些人认为，离婚诉讼中的债务分担判决具有确认力和强制力，不以离婚当事人的意志为转移，对债权人也具有同等法律效力，债权人必须按照离婚判决所确定的内容对离婚当事人享有债权，离婚当事人各方也只就离婚判决所确定的债务各自承担清偿责任。这种认识忽视了夫妻对外共同债务的本质特征和对债权人债权的充分保护，也会给夫妻以“离婚”为手段达到逃避债务的目的。

笔者认为，离婚判决夫妻双方内部分担债务并不改变夫妻对外共同债务的性质，夫妻离婚后，虽在人身和财产关系不再“共同”，但夫妻俩仍是债权人的债务人，双方对债权人仍负连带清偿责任。离婚后尚未处理和清偿的原夫妻共同借款债务，不论已经

人民法院判决、调解分担，还是原夫妻案外协议分担，均应视具体情况作如下处理：

离婚前后，贷款人已经明确表示同意夫妻双方分担具体债务数额的，说明其自愿放弃对原夫妻连带追索的权利，故原夫妻俩可按法院判决、调解或者其协议分担的债务数额向贷款人履行还债义务。

判决、调解离婚后，原夫妻双方或者一方未按离婚生效法律文书向贷款人履行还债义务的，因贷款人不是离婚案件的当事人，离婚法律文书对其不具有法律约束力，故不可以以离婚生效法律文书为依据申请人民法院强制执行，而应当另行提起民间借款诉讼，由人民法院判令原夫妻俩连带清偿。

第七节　继承人清偿被继承人的借款债务

被继承人已经死亡而不能清偿民间借款债务，但是，被继承人留有遗产的，民间借款债务不因此而消灭。那么，被继承人的借款债务由谁清偿，又如何清偿？在旧社会，实行“父债子还”习俗，不论被继承人有无遗产，为其晚辈的儿子均要为其父亲还债，因而使劳动人民世代负债受剥削。我国现行的《继承法》否定了这一旧习俗，实行限定继承原则，继承人只对被继承人生前所欠债务承担有限清偿责任。

一、限定继承原则对民间借款债务清偿的适用

根据《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）规定，被继承人死亡后遗留的财产权利和财产义务一并由继承人承受，故被继承人生前所负债务也应当由继承人清偿。但是，继承人承受被继承人债务实行限定继承原则。《继承法》第三十三条规定：

"继承遗产应当清偿被继承人应当缴纳的税款和债务,缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。"其中"清偿债务以他的遗产实际价值为限",是债务限定继承原则的内容。这个内容就民间借款而言的具体意思是:被继承人死亡后,继承人继承被继承人的遗产,必须负有清偿被继承人生前所负的借款债务,但不能强制继承人清偿超过遗产实际价值的被继承人应当清偿的债务,否则,继承人对超出部分有对抗贷款人债权的权利,并可拒绝清偿。由此可见,继承人对被继承人债务实行有限责任原则。例如,被继承人负有 10 万元民间借款债务,但有价值 8 万元的房屋。继承人继承该房产,就应同时承受 8 万元的借款债务,对被继承人另 2 万元借款债务不负清偿责任。

二、继承人承担无限责任的情况

继承人对被继承人的借款债务通常不承担无限责任,但遇有如下两种特殊情况,继承人承担无限责任。一是继承人自愿清偿。继承人与被继承人在血缘和亲属上有着特殊关系,被继承人对借款使用有的还与继承人有直接利益关系,因此,许多继承人在所继承遗产价值不足相抵被继承人债务的情况下,自愿表示清偿被继承人所负的全部债务,于是,继承人对被继承人的借款债务承担无限清偿责任。二是所继承遗产价值超过被继承人负债总额,因遗产价值足以清偿被继承人的债务,故继承人应当全部清偿被继承人的债务。继承人明确表示放弃继承,债务履行主体不发生变化,即继承人不承担清偿被继承人债务的责任,贷款人只能就被继承人(借款人)遗留财产受偿;如果被继承人无遗留财产和债权,贷款人的债权因无对方债务主体而消灭。

三、共同继承人清偿被继承人借款债务问题

一个被继承人死亡，其遗产由两个或者两个以上继承人继承的，这些继承人为共同继承人。共同继承人清偿被继承人借款债务，在实践中有两种方法：

一是继承前以遗产清偿。被继承人死亡后至遗产分割继承前，共同继承人就被继承人所负债务和遗产价值进行清算，以遗产清偿被继承人所负的借款债务和其他债务，然后，将剩余遗产进行分割继承。例如，被继承人有遗产 1 万元现金和一间四楼房屋，同时负有民间借款债务 3 万元，继承人为两人。一间四楼房屋经评估或者共同继承人议定，价值 4 万元。那么，遗产总值有 5 万元。两个继承人可以将该房产转让给他人，也可以给一个继承人所有，所得价款和 1 万元现金一起，先清偿被继承人 3 万元债务，剩余 2 万元由两个继承人分割继承。如果遗产总值只有 5 万元，而被继承人负有 6 万元债务，共同继承人应当以 5 万元遗产总值清偿被继承人的债务，对剩余 1 万元债务则不承担清偿责任。

二是先分割遗产，后清偿债务。共同继承人可以先就遗产进行分割，同时就被继承人所负债务进行分割承担，然后，各自向贷款人清偿所分担的债务。

共同继承人分担被继承人的债务，与夫妻离婚时分担共同债务一样，是其内部按份分担债务。但是，为了切实保护贷款人和其他债权人的债权，共同继承人就被继承人的债务对外仍负连带清偿责任，不得以内部已经分担债务份额为由对抗贷款人向其追索连带债务。但是，贷款人向共同继承人主张连带债务仍应以遗产总价值为限，共同继承人对超出遗产总价值以外的被继承人的债务，仍可不承担清偿责任。

四、按照不同继承方式清偿债务

我国继承方式主要有法定继承、遗嘱继承和遗赠。当这几种继承方式并存时，应当按照不同继承方式清偿被继承人的债务：①被继承人的遗产一部分遗赠，一部分被遗嘱继承，其余被法定继承的，在清偿被继承人债务时，首先由法定继承人用其所继承的遗产清偿；法定继承人所继承的遗产不足清偿的，剩余债务由遗嘱继承人和受遗赠人按其所得遗产的比例分别清偿。②没有法定继承，而有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人在所得遗产价值范围内按比例分别清偿。

五、绝产的债务清偿

绝产，是财产所有权人死亡后，无人继承又无人受遗赠的遗产。按照《继承法》的规定，绝产应当收为国家所有，但死者生前是集体所有制组织成员的，其绝产归该集体组织所有。死者生前负有借款债务的，其绝产通常在收归国家所有或者集体所有之前，有关组织应当先处理绝产清偿死者的债务，剩余部分再收归国家或者集体。如果绝产已经收为国家所有或者集体所有，而死者所负债务尚未清偿的，接收绝产的政府或者集体组织，应当在所接收绝产价值范围内清偿死者的债务，使贷款人的债权得以保护。

第九章　民间借款之债消灭的四种特殊原因

民间借款之债的消灭，是因发生一定的法律事实而使贷款人与借款人之间的债权债务关系的消灭。债之法律关系消灭，贷款人的债权和借款人的债务不复存在。但是，债之消灭必须有一定的法律事实，法律事实是债之消灭的根据和原因。根据《民法通则》和《合同法》的有关规定，结合民间借款实践情况看，民间借款之债的消灭原因主要有：履行、抵销、提存、混同、免除、解除和协议等。履行包括借款人履行、代位受偿、第三人代偿，因债之履行在上节中已经作了介绍，这里介绍几种特殊的债之消灭的原因。

第一节　因抵销消灭

在实践中，贷款人与借款人通过抵销消灭债权债务关系时有发生，且被大多数当事人所接受，只是过去因缺乏法律规定而不够规范。《合同法》第九十九条和第一百条确立的债之抵销制度，

适用于民间借款合同，是民间借款之债抵销的法律依据。本节根据《合同法》这两条规定，结合民间借款的特点，分析涉及民间借款之债的抵销问题。

一、概念和分类

民间借款之债的抵销，是指贷款人与借款人相互之间都有债权和债务时，各自以自己的债权清偿自己的债务，从而消灭债权债务的一种方式。在民间借款活动中，借款人向贷款人借钱后，贷款人需要用钱，都向借款人主张债权，而不会向借款人借钱的，借款人将钱交付给贷款人也是用来清偿债务而不会出借的；贷款人向借款人借钱，或者借款人又将钱借给贷款人，从而形成互负债务关系的情况极为少见。贷款人与借款人互负债务，绝大多数是借款人向贷款人借钱的前后，借款人对贷款人享有其他债权。因而，双方当事人单纯互负民间借款债务的情况难以遇见，大多见于民间借款合同以外另有其他债权债务关系的存在。所以，这里所谓的民间借款之债的抵销，是指民间借款债务与其他债务的抵销问题。例如，借款人向贷款人借钱 2 万元，而该贷款人后来欠该借款人货款 2 万元，这就为民间借款债务抵销提供了前提条件。

民间借款之债的抵销，按照产生的依据不同可分为法定抵销和约定抵销，按照抵销标的物的不同可分为金钱抵销和财物抵销，按照抵销数量不同可分为全部抵销和部分抵销。《合同法》第九十九条和第一百条分别规定了法定抵销和约定抵销，下面以这两种抵销方式为主，结合其他抵销方式，分析民间借款之债的抵销问题。

二、法定抵销的条件和程序

法定抵销，是一方当事人按照法律规定的条件通知对方抵销

就使一定额度内债权债务相互归于消灭的一种方式。《合同法》第九十九条规定：“当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”这就是法定抵销的规定，适用于民间借款的债务抵销。

（一）法定抵销的构成条件

当民间借款当事人之间互负债务时，其中任何一方当事人行使抵销权，单方主张抵销债务的，应当具备以下两个基本条件：

1．当事人之间必须存在互负合法有效且到期的债务

这个条件有以下三个内容：

一是当事人之间存在互负债务、互享债权的关系。一方当事人在负债的情况下行使抵销权，对方当事人必须对其负有债务，即双方必须互负债务。既然双方互负债务，必定双方当事人互享债权。一方当事人只有债务而无债权，或者只有债权而无债务，则不可能发生抵销问题。

二是互负债务和互享债权都必须是合法有效的债权债务关系。民事上的债务之抵销，可以在一个合同中发生，也可以在两个或者两个以上合同之间发生。但是，对民间借款而言，上面已经说明过，在通常情况下，一个借款人不会在一个民间借款合同中既为借款人又为贷款人，也不会在数个民间借款合同中对同一对方当事人既为借款人又为贷款人，因而，涉及民间借款债务的法定抵销，通常在民间借款合同与其他金钱之债合同之间进行，即在两个金钱债权债务法律关系之间抵销。可抵销的债权债务必须合法有效，不仅要求民间借款合同所形成的债权债务关系必须合法有效，而且要求与之抵销的其他金钱之债合同所形成的债权债务关系也必须合法有效，非法的、未生效的、无效的和失效的金

钱之债均不能抵销。

三是进入抵销的各个债务必须都已经到期。债务到期，债权人才能请求债务人履行。如果债务尚未到期，债权人就要求对方当事人抵销，侵害了对方的期待利益。所以，法定抵销的债务必须是到期债务。在民间借款中，不少借款合同没有约定借款期限，对此，主张抵销的贷款人可以给对方当事人一个合理履行期限，待合理履行期届满后，再行使抵销权。

2. 当事人互负的债务必须为金钱之债且币种相同

根据《合同法》第九十九条规定，法定抵销的互负债务，其标的物种类、品质应当相同。这一要求对民间借款的债务抵销来说，具体表现于可抵销债务的标的物必须是金钱，且币种相同。

民间借款债务抵销的标的物必须为金钱的理由是：首先，民间借款的标的物不是实物，而是金钱，在法定抵销中，只有金钱才能抵销金钱之债，而不能以实物抵销金钱之债，且要求抵销债务和被抵销债务的标的物都应当是金钱，这才符合“该债务的标的物种类、品质相同”的要求；其次，法定抵销是当事人的单方行为，无须通过诉讼程序，以同等数额的金钱债权抵销金钱债务，简单明了，不易发生争议。在单方行为情况下，如果钱与物抵销，就显得复杂些，且容易就价款、所有权等问题发生异议，故不宜让单方说了算数。

法定抵销不仅要求互负债务的标的物为金钱，而且要求币种相同，如两个互负的债务标的物为人民币的，或者同为美元的，可以相互抵销。如果一方债务为人民币，而另一方债务为美元，通常不可适用法定抵销，否则，就有可能会违反外汇管理规定，或者因兑换价问题而损害对方利益。

此外，一方当事人行使法定抵销权，还应没有依照法律规定或者依照合同性质不得抵销的情况，如有此情况，则不得行使抵

销权。

（二）行使法定抵销权的程序

互负债务、互享债权中的各个当事人，只要符合上述条件，都可以行使抵销权。可抵销的互负债务均已到期后，一方当事人可以直接向对方当事人主张抵销，不需要通过诉讼程序请求人民法院裁判抵销。

当事人行使抵销权是单方行为，只需一方当事人向对方当事人表示抵销债务意思，无需对方当事人同意即可生效。如果双方当事人协调一致而同意抵销，则是约定抵销。

一方当事人单方行使抵销权，因为未与对方协商，对方尚不知债务已抵销，故应当通知对方，使对方知道债务已经抵销。债务抵销通知到达对方时发生法律效力。至于抵销通知采取书面形式还是口头形式，《合同法》未作规定予以限制，故书面和口头两种通知形式均可适用民间借款债务的法定抵销。债务抵销通知的内容应当包括抵销时间、抵销债权债务数额以及其他需要说明的问题。

三、约定抵销的有关问题

约定抵销，即合意抵销，是指双方当事人在互负债务、互享债权的情况下，经协商一致，将债权债务相抵并使之归于消灭的一种方式。《合同法》第一百条规定："当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。"

约定抵销的构成条件有两点与法定抵销是相同的，即当事人之间存在互负合法有效的债务和没有依照法律规定或者依照合同性质不得抵销的情况。但是，约定抵销体现当事人意思自治原则，不拘束于法定抵销的其他条件。民间借款当事人约定抵销要注意以下几个问题：

1. 约定抵销不是单方行为，而是双方行为

法定抵销权的行使是单方当事人表示意思的行为，而约定抵销是双方当事人协商一致，形成抵销合同的行为。因为双方约定抵销实际上形成一种合同，故约定抵销应当遵循《合同法》的一般规则进行。如果协商不成，约定抵销就不能成立；如果违反《合同法》规定，约定抵销就会无效；如果不按抵销协议履行，则构成违约。

2. 只需一方的债务为金钱，另一方可以为其他债务

因为这里讨论的是与民间借款有关的债务抵销问题，又因为民间借款的标的物是金钱，故民间借款债务的约定抵销，其中一方当事人抵销的债务必定是金钱债务，而另一方当事人可用金钱，也可以用财产来抵销，是否接受财产抵销金钱之债，或者是否接受金钱抵销其他债务，由双方自愿协商，协商不成，约定抵销不成立。但双方都是金钱债务的，可适用法定抵销。

3. 互负债务未到期的也可约定抵销

法定抵销要求双方当事人的债务都要到期，防止在违约情况下行使抵销权，侵害对方当事人的期待利益。约定抵销则不受这个条件的限制，一方债务未到期，或者双方互负的债务均未到期，经双方当事人的协商一致，也可相互抵销。因为，在约定抵销中，未到期一方只要同意抵销，说明其自愿放弃期待利益，不构成对另一方的违约。

四、全部抵销和部分抵销的情形和效果

无论是法定抵销，还是约定抵销，在债权债务数额上，不是全部抵销，就是部分抵销，不存在量上无数额抵销问题。

1. 全部抵销

全部抵销，是债经相抵后在数量上全额消灭。具体表现于，任

何一方当事人对另一方当事人所享有的债权和所负的债务，在数额上全数抵销完毕，即互负债务、互享债权两个内容均已全额抵销。债权债务全部抵销所产生的效果是双方当事人的债权债务关系均告消灭，不复存在。

2. 一方全部抵销而另一方部分抵销

在互负债务、互享债权的情况下，双方当事人的债权债务数额不一定完全同等。如果债权小于债务，就可能出现债权抵销完毕而债务部分存在的情况；如果债务小于债权，就有可能出现债务抵销完毕而债权部分存在的情况。这两种情况的抵销，所产生的法律效果不一样。

债权小于债务，债权人不可能用小于债务数额的债权抵销全部债务。例如，甲借乙 2 万元钱未还，乙又欠甲货款 3 万元未偿。经过相抵，乙的 2 万元民间借款债权全部抵销，对甲的 3 万元货款债务仅是部分抵销，乙的另 1 万元货款债务仍应向甲履行。由此可见，在债权小于债务的情况下，抵销效力不及于剩余债务，剩余债务没有消灭，当事人对剩余债务仍负履行义务。

债务小于债权，债务人完全可以以全部债务相抵。债务全部相抵后，该当事人成为纯债权人，对剩余债权仍有权主张对方债务人履行。例如，A 欠 B 民间借款 3 万元，B 欠 A 货款 5 万元，A 的债权多出债务 2 万元。A 与 B 相抵 3 万元，A 与 B 的 3 万元民间借款债权债务全部抵销，不复存在，但 A 的另 2 万货款债权并未消灭，A 仍有权要求 B 履行。

3. 部分抵销

在债权小于债务或者债务小于债权的情况下，对一方当事人来说可能全部抵销，而对另一方当事人来说可能部分抵销，但是，除一方当事人放弃剩余债权外，并不能使双方债权债务全部抵销。这里所说的部分抵销，是指任何一方当事人的债权债务都未与对

方相抵完毕的情况。法定抵销因单方行为即可依法定程序实现抵销权，故行使抵销权人在通常情况下，有条件可使债权全部抵销或者债务全部抵销。但是，在约定抵销中，因双方具有意思自治权，在协商过程中就不可排除地出现，各自只抵销部分债权债务的情况。例如，A欠B民间借款4万元，B欠A货款5万元，A与B对4万元借款无异议，但是，对5万元货款有纠纷，A认为欠货款5万元，B则认为只欠货款3万元。在这种情况下，双方经协商一致，就3万元无争议的货款相抵4万元借款中的3万元，余留的1万元借款和有争议的2万元货款另行解决，这就是互负债务的部分抵销。这种部分抵销的法律效果是：已抵销部分的债权债务消灭，对未抵销部分，双方当事人仍然互享债权，互负债务，如有异议和纠纷，则应另行处理。

第二节　因提存消灭

借款人有能力履行还债义务，并能积极履行，但不一定都能使自己的债务得以消灭。借款人履行债务还需要贷款人客观上具有受领条件和主观上积极受领，才能达到消灭债务之目的。如果出现贷款人死亡等不具有受领的客观条件，如果出现贷款人拒绝受领等主观上不予协助的情况，就会造成借款人的还债义务难以履行，就会使民间借款之债及其担保之债处于长期存在而不能消灭状态。为了解决特殊情况下债的消灭问题，《合同法》设立了提存制度。

一、提存的概念和法律依据

民间借款之债的提存，是指借款人在借款期限届满时，因贷款人的原因使其难以履行义务而将借款交付提存部门，从而消灭

债务的行为。民间借款债务的履行是借款人的义务，在通常情况下，借款人向贷款人履行还债义务，此债得消灭。贷款人拒绝受领或者其他原因，致使借款人难以履行还债义务，此债仍然存在而不能消灭。法律设立提存制度后，当出现法定提存原因时，借款人将所负债务的标的物——货币、有价证券等，交付给提存部门，被视为已经向贷款人清偿借款债务，从而消灭与贷款人之间的债权债务关系。

我国《民法通则》没有提存的规定，但《贯彻民法通则意见》第104条对提存问题作出如下司法解释："债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存的，应当认定债务已经履行。因提存所支出的费用，应当由债权人承担。提存期间，财产收益归债权人所有，风险责任由债权人承担。"此条司法解释后来被《合同法》吸收，上升为一项法律制度。《合同法》第一百零一条至第一百零四条，不仅吸收了此条司法解释，而且参考国外的立法例和我国的司法实践，较为详细和全面地规定了提存的有关法律问题。这些规定也是民间借款提存的依据。

二、提存所要具备的条件

民间借款中的借款人实施提存行为，将债务标的物交付有关部门保管占有，从而使自己的债务消灭，通常要具备以下几个条件：

1. 借款债务存在、合法、有效且已到期

这是提存的基础条件。借款人不存在借款债务，提存无从谈起；借款债务属非法债务，有关部门不予提存；无效的借款，应按无效合同处理，而不适用提存；借款债务未到期，没有必要提存。因而，借款人实施提存，必须有着合法、有效借款债务的存在且已到期。

2．出现归责于贷款人的法定原因

在民间借款中，债务提存人是借款人，而提存的原因，不发生在借款人身上。由于借款人问题，如不能履行债务，难以履行债务，或者不愿直接向贷款人履行债务等，不是提存的原因。相反，借款人实施提存行为，原因来自贷款人。贷款人主观上无理由拒绝受领，或者客观上不能受领，属于贷款人自己的问题，借款人并无过错，在这些情况下，借款人方可提存债务，且由此产生的责任归属于贷款人，如标的物提存后，风险责任由贷款人承担，提存费用由贷款人负担等。但是，贷款人未受领的任何原因，不一定都可以导致借款人提存的，为了防止借款人滥用提存权给贷款人带来不利，《合同法》第一百零一条第一款仅规定四种情形，即法定的提存原因。

3．达到借款人难以履行债务的程度

《合同法》第一百零一条规定了四种提存原因，同时还要求这四种提存原因的出现必须造成债务人“难以履行债务”。对民间借款来说，贷款人虽然出现法定可以提存的原因，但没有导致难以履行债务的，借款人仍应直接向贷款人或者有关权利人履行债务。例如，丈夫作为贷款人将钱借给借款人，借款到期后，贷款人下落不明，但贷款人的妻子在家，有权代位受领。在这种情况下，贷款人下落不明没有造成借款人履行债务困难，借款人应当向贷款人的妻子履行还债义务，而不得提存借款。

三、提存的法定原因

如上所述，提存的原因出于贷款人，贷款人出现使借款人难以履行债务的事由，借款人可以提存所要清偿的借款。根据《合同法》第一百零一条第一款的规定，民间借款中借款人实施提存行为的法定原因有以下四种：

1. 贷款人无正当理由拒绝受领

借款期限届满，或者无约定期限的借款，借款人向贷款人履行还债义务的，贷款人应当受领。但是，贷款人无正当理由拒绝受领，一方面会造成借款人难以履行债务，另一方面又不能使债务消灭，这对借款人来说是不利的。特别是利息较高的借款，不少借款人为了减少利息的支出而积极履行还债义务，如果贷款人无正当理由拒绝受领，拖延了借款人履行时间，就有可能会造成借款人利益的损失。借款人提存借款，既不影响贷款人的利益，又有利于借款人放下债务包袱。但是，贷款人有正当理由的，可以拒绝受领，且借款人不得提存，如贷款人对借款人履行债务数额有争议，可为贷款人拒绝受领的正当理由。

2. 贷款人下落不明

贷款人下落不明，视贷款人是自然人还是组织分两种情况处理提存问题：

一是自然人下落不明。贷款人是自然人，当其离开最后居住地较长时间，又没有任何音讯的，则为下落不明。自然人下落不明，不一定就会造成借款人难以履行债务，如果有其权利关系人，如配偶、尚未分家析产的父子等相关权利人，可以代位受领的，借款人就应当向有关权利人履行债务，而不必提存。贷款人下落不明，且又无相关受领权利人的，方可提存。

二是法人和其他组织下落不明。当法人或者其他组织为贷款人时，营业生产场地迁移，既未进行变更登记，又未通知借款人，借款人采取通常方式也找不到贷款人的，也应视为下落不明，借款人可以实施提存行为。

在贷款人下落不明的情况下，允许借款人实施提存行为，一方面保留借款之债的履行标的物，有利于贷款人未来实现债权，另一方面使借款债务消灭，使借款人放下债的负担，这对双方当事

人都有利，也符合民事行为的公平、合理原则。

3. 贷款人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人。

当贷款人为自然人时，自然人死亡后，其本人已经不能受领债权，但其继承人有权继承债权，因而，借款人应当向贷款人的继承人履行债务，由继承人接受履行。但是，贷款人的继承人尚未确定时，借款人还债就无对方权利人受领，此时，借款人可以将应当偿还的借款进行提存，等到继承人确定后，通知该继承人以提存部门领取。

贷款人丧失行为能力，不能辨认自己行为，不能独立进行民事活动，其民事活动和财产管理由其监护人进行，因而，借款人应当向监护人履行，监护人也应当受领。但是，在监护人尚未确定的情况下，借款人不得向已经丧失行为能力的贷款人履行，因为，丧失行为能力的贷款人在不能辨认自己行为的情况下接受履行，一是无能力保管、使用金钱，接受金钱对其不利；二是若借款人少履行债务，因其不能辨认而对其不利；三是借款人已经向其全部履行，但因无行为能力的贷款人无法证实或者承认债权已经实现，这对借款人不利。对此，借款人可以迟延履行但不违约，等到监护人确定后，由监护人受领。在监护人未确定前，如果借款人需要消灭债务，则可提存，在监护人确定后，通知监护人到提存部门受领。

4. 法律规定的其他情形

除上面三种提存原因外，出现其他原因是否适用提存，要视法律是否有明文规定而定，如有法律明文规定，借款人也可以实施提存行为。

四、公证提存

公证提存，是指公证处通过公证程序，对债务人或者担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或者担保物进行寄托、保管，并在提存原因消失后交付债权人的一种提存方式。根据司法部1995年6月2日发布的《提存公证规则》第七条规定，民间借款之债的标的物——货币和有价证券，属公证提存范围。对民间借款之债的提存而言，为履行还债义务而向公证处申请提存的借款人是提存人，贷款人是提存受领人。因公证提存是最为规范的提存方式，故这里作专题介绍。

（一）提存公证的申请

当贷款人出现《合同法》第一百零一条规定的四种情形之一时，借款人为了消灭借款债务，向公证处申请提存公证，首先要填写公证申请表，然后提交下列材料：

（1）申请提存的借款人的身份证明。申请提存的借款人为法人的，提交法人资格证明和法定代表人身份证明；申请提存的借款人为其他组织的，提交营业资格证明和负责人的身份证明；法定代理的，代理人还应当提交与被代理人关系的证明；委托代理的，代理人还应当提交授权委托书。

（2）提交民间借款合同。包括借据、欠条等书面合同，或提供据以履行还债义务的证明材料。

（3）提供有关提存原因的证明材料；

（4）贷款人（即提存受领人）的姓名（名称）、地址、邮编、联系电话等；

（5）提存标的物——货币的种类、数量或者有价证券的种类、数量等明细表；

（6）公证员认为应当提供的其他材料。

借款人申请公证提存，应当向有管辖权的公证机关提出提存公证申请。提存公证管辖有两种情况：一是向债务履行地的公证处提出申请；二是向债务履行地申办提存公证有困难的，可向债务人住所地公证处申请提存公证。

（二）提存公证的受理

借款人申请提存，同时具备以下几个条件的，公证处应当受理：

（1）借款人对贷款人负有还债义务，且债务合法、有效、到期；

（2）贷款人出现《合同法》第一百零一条规定的提存原因；

（3）申请提存属于接受申请的公证处管辖；

（4）所提供的材料齐全。

借款人申请提存符合上述条件的，公证处应当在收到申请之日起三日内作出受理决定；不符合上述条件的，也应当在收到申请之日起三日内作出不予受理的决定，同时告知借款人对不予受理不服的复议程序。

公证员经审查，认定材料齐全，提存内容属实，提存的借款之债真实合法，提存标的物与借款债务相符合，提存人有行为能力且意思表示真实的，应当予以办理提存公证。

（三）公证提存的生效日期

民间借款之债的提存日期分为三种情况：一是以现金、支票交付公证处的日期为提存日期；二是以汇款形式交付的，提存款项划入公证处提存帐户的日期为提存日期；三是提存有价证券的，将有价证券实际交付公证处的日期为提存日期。

提存标的物交付之日，借款人就失去该标的物的所有权，公证处就取得占有权和管理权，提存之债（即借款之债）即告消灭，因而，提存生效日期即为提存日期，而不是出具公证书之日。但

公证处应当从提存之日起三日内出具提存公证书。

（四）公证提存的通知义务

民间借款之债提存后，借款人（即提存人）负有及时通知提存受领人（贷款人、继承人、监护人）的义务。公证处对以清偿为目的提存，或者提存人通知有困难的，也负有通知义务。公证处应当自提存之日起七日内，以书面形式通知提存受领人，告知受领人领取提存款项的时间、地点和方法。提存人下落不明的，公证处应当自提存之日起六十日内，以公告方式通知。

（五）公证提存受领人领取提存款项

民间借款的提存受领人，包括贷款人、继承人、监护人，有权随时领取提存款项。但提存受领人领取提存款项时，应当向公证处提供身份证明、提存通知书，以及有关债权证明。委托他人代领的，还应当提供有效的授权委托书；由继承人领取的，还应当提交继承公证书或者其他有效证明文书。

五、提存的法律效力

借款人将履行标的物交付提存部门，办理提存手续后，提存发生以下三个方面的法律效力：

1. 借款人与贷款人之间的效力

（1）民间借款之债消灭。这是借款人实施提存行为的根本目的，也是提存的主要效力。民间借款之债经过提存，如同借款人向贷款人履行还债义务一样产生债之消灭的法律效果，债权债务关系消灭而不复存在。

（2）产生借款人通知义务。《合同法》第一百零二条规定：“标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人”。据此规定，借款标的物提存后，借款人负有通知义务。

借款标的物因提存转移到提存部门保管后为贷款人所有，贷款人有权随时到提存部门领取。提存部门负有向贷款人交付提存款项的义务。为使贷款人或者贷款人的继承人、监护人知道借款人与贷款人之间的债权债务关系已经消灭，知道到提存部门领取提存款项，借款人应当遵循诚实信用原则，承担通知义务，将提存的事实、数量、时间及提存部门告知对方。

借款人的通知对象，视提存原因不同而定：以贷款人无正当理由拒绝受领为由提存的，应当通知贷款人本人；因贷款人下落不明而提存的，在贷款人尚未出现前，可不履行通知义务，但贷款人一旦出现，仍负及时通知义务；贷款人一旦被宣告失踪的，应当通知其财产管理人或者相关权利人；因贷款人死亡未确定继承人而提存的，继承人确定后，及时通知其继承人；因丧失民事行为能力未确定监护人而提存的，监护人确定后，应当及时通知其监护人。

当履行通知义务的条件具备后，借款人故意不通知或者迟延通知，由此造成贷款人损失的，借款人承担赔偿责任。

（3）风险责任转移。借款标的物因提存转移后，提存款项由提存部门占有保管，对借款人而言视同交付给贷款人，因而，在提存期间，标的物毁损、灭失的风险责任转嫁给提存部门或者贷款人承担，借款人不再承担风险责任。

（4）利息和费用均归贷款人享有或负担。借款提存后，提存部门通常将提存的款项存入银行专项帐户。提存标的物成为存款后会产生利息。因为所提存的款项为贷款人所有，故其利息也应归属贷款人，借款人不得收取提存款项的利息。同时，因提存支出的必要费用，如公证费、公告费等，也由贷款人负担。

（5）不再支付约定利息。借款债权债务关系因提存而消灭，其效力及于借款合同约定利息同时消灭；即自提存之日起借款人不

再向贷款人支付约定的利息。又因提存视为履行，自提存之日起，借款人也不支付逾期利息。至于提存前的约定利息，应当一并计算，与本金一起提存。

2. 贷款人与提存部门之间的效力

提存实际上也是一种合同，是债务人（提存人）与提存部门订立的为债权人利益的合同，即法理上的“为第三人利益的合同”。这种合同使债权人与提存部门形成债权债务关系，在民间之债提存中，其效力表现于：

（1）贷款人享有随时领取提存款项的权利，而提存部门对贷款人负有交付提存款项的义务。当民间借款的借款人将标的物提存后，就为贷款人设定向提存部门随时领取所提存款项的权利，同时，也为提存部门设定向贷款人交付所提存款项的义务。如果提存部门在贷款人要求领取提存款项的情况下，不能交付或者迟延交付，则承担相应的民事责任。

（2）风险责任由提存部门或者贷款人承担。借款人将标的物交付给提存部门后，风险责任随之转移给占有保管标的物的提存部门或者贷款人。在提存期间，提存部门应当妥善保管提存标的物，若属提存部门保管不善，如所提存的款项被盗窃、被烧毁、被挪用、被他人冒领等，由提存部门向贷款人承担赔偿责任；如果提存部门已经采合理手段保管提存标的物，但因发生不可归责于提存部门的原因，致使提存标的物发生毁损、灭失的，风险责任由贷款人承担。

（3）贷款人向提存部门支付费用。前面已经说明，提存费用由债权方支付，那么向谁支付呢，应当向提存部门支付。当贷款人或者其他受领人（包括继承人、监护人）到提存部门领取提存标的物时，同时要支付提存费用。如果未支付或者不能支付，提存部门可以在提存款项中扣除。有的提存部门在办理提存手续时，

要求提存人（借款人）填付或者预付提存费用，如果提存人已经填付或者预付的，除提存人自愿承担外，提存部门应当向贷款方收取，然后返还给借款人。

3. 借款人与提存部门之间的效力

民间借款之债的提存虽为贷款人利益合同，为贷款人与提存部门设立债权债务关系，但提存行为的当事人仍为借款人和提存部门，故此，提存合同关系的效力当然及于借款人和提存部门，主要表现为：

(1) 借款人必须将所需提存的款项及应当向贷款人支付的利息交付给提存部门，否则，提存无从谈起。借款人依法提出提存的，提存部门不得无故拒绝。

(2) 因为借款人是提存的当事人，如果在提存未成立生效前，发现提存错误，或者提存原因消灭，就有权撤销提存行为，提存部门应予准许。

提存行为成立有效后，贷款人自提存之日起5年内不领取提存款项而丧失请求权，借款人也不得取回提存款项，此时的提存款项扣除提存费用后归国家所有。但是，借款人可以凭人民法院生效的裁判文书或者提存之债已经清偿的公证证明取回提存款项。

第三节　因免除、混同消灭

一、民间借款债务的免除

民间借款债务的免除，是贷款人免除借款人部分或者全部债务的行为。贷款人免除借款人的债务，同时也表明放弃对借款人享有的债权。贷款人一旦免除意思表示真实有效，相应的民间借

款债权债务消灭。《合同法》第一百零五条规定：“债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止”。民间借款债务免除效力的依据就是这条规定。

（一）借款债务免除的法律特征

贷款人免除借款人债务行为有以下四个特征：

（1）单方行为。贷款人免除借款人的债务，是处分自己的债权。贷款人处分属于自己的债权，无须对方当事人同意，也不受无关第三人非法干涉。因而，贷款人免除借款人的债务，只要符合《民法通则》和《合同法》规定的民事行为条件，贷款人单方作出免除的意思表示，就能产生法律效力——所免除的债务消灭。如果贷款人已表示免除，而借款人不同意，则借款人应当履行。

但是，贷款人免除行为不符合民事法律行为条件，如无民事行为能力，意思表示不真实，或者损害他人利益（如因放弃债权造成其债务难以履行）等，免除行为属于无效行为或者可撤销行为。

（2）非要式行为。贷款人放弃债权，免除借款人债务，通常不受行为形式拘束，即贷款人作出免除意思表示，只要真实即生效，不需要采取特定的行为方式。也就是说，免除债务的意思表示，可以采取书面或者口头形式。但是，免除借款债务通常采取明示方式，只有贷款人明确表示免除意思，才能产生免除效力。

（3）无因行为。贷款人免除借款人的债务，是一种无因行为，即对贷款人为何免除借款人债务的原因可以不问。

（4）无偿行为。贷款人免除借款人的债务应当是无偿的，如果是有偿的，则不为免除。

（二）免除债务的条件

贷款人作出免除借款人债务行为，应当具备民事行为的条件，如贷款人具有民事权利能力和民事行为能力，意思表示明确、真

实，除此之外，免除债务的意思还应当向借款人直接表示。如果向第三人表示，除非贷款人事后追认，否则不产生债的消灭效力。但是，当借款人有代理人时，贷款人向借款人的代理人作出免除意思表示也为有效。

（三）免除债务的效力问题

贷款人免除借款人债务的效力，视贷款人免除意思表示的具体内容，分为以下几种情况：

（1）贷款人表示全部免除借款人债务的，整个债权债务关系消灭，借款人不再履行还债义务。主债务被免除后，担保责任亦应随之免除。如果在免除全部本金时，未提及利息的，因为利息是从债权，通常随主债务而消灭，故可认为利息也随之免除。

（2）贷款人免除借款人部分债务的，已免除部分的债权债务关系消灭，未免除的债务仍然存在，借款人就未免除部分仍负履行义务。

（3）贷款人免除借款本金而要求支付利息的，主债务消灭，而从债务利息仍然存在，借款人应当支付利息；贷款人免收利息而要求清偿本金的，借款人不需支付利息而应当偿还本金。

（4）在担保人为第三人的情况下，贷款人放弃担保债务，即表示免除担保人担保责任，担保人不再承担担保责任，而被担保债务仍然存在，借款人应当承担清偿借款债务义务。

二、民间借款债务与其他金钱之债的混同

《合同法》第一百零六条规定："债权与债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。"广义法理上的混同是指不能并立的两个法律关系同归于一人而使权利义务消灭的现象。而《合同法》这条规定是狭义上的混同，即指债权和债务同归于一人致使合同之债消灭的事实。

在民间借款中，借款之债的存在有贷款人和借款人两个相对主体，但是，当发生一定的法律事实致使贷款人和借款人、借款债权和债务成为同一个人时，就不分贷款人和借款人，民间借款债权债务关系不能存续而归于消灭。例如，儿媳为借款人借用公婆一笔钱，后因公婆死亡，儿媳因继承取得公婆这笔债权，于是，这笔钱的债权和债务一同归于儿媳，而儿媳自己不能向自己行使债权或者履行债务，因而，债权债务关系消灭。又如，乙厂借甲公司的钱未还，后来，甲乙两个企业合并组成一个企业，这笔借款债权债务按照合并协议带入新合并的企业，于是，甲乙的债权债务都归于一个新企业，即同归于一人而消灭。



第十章　民间借款的违约责任

民间借款合同与其他合同一样，当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，就有一个违约责任问题，前面有关章节中已零星地提及这个问题，但不系统、不完整，本章作进一步阐述。

第一节　违约行为

民间借款的违约行为，是指民间借款当事人一方不履行合同义务，或者履行合同义务不符合约定的行为。违约行为实际上是违反合同的行为。

一、违约行为与违约责任的因果关系

民间借款中的违约行为与违约责任之间有着因果关系，一方当事人出现违约行为是对方当事人追究其违约责任的原因，违约方实施违约行为的后果是承担违约责任，没有违约行为谈不上违约责任，承担违约责任必须存在违约行为。贷款人与借款人依法订立民间借款合同后，所享有的权利受到法律保护，所承担的义

务受到法律拘束。当事人只有全面正确地履行借款合同规定的义务，才使对方的合同权利得以实现，才能达到订立合同的目的。如果一方当事人违反合同约定不履行义务或者履行合同义务不符合约定，就会损害对方当事人的既定利益或者期待利益。为了保护权利方的合同利益不受损害，或者弥补已经受到的损害，违约方对自己的违约行为应当承担法律后果——违约责任。

二、民间借款违约行为的表现形式

与其他合同当事人违约一样，民间借款违约行为的表现形式，有不履行和履行不当两种情况，但具体内容有所不同。

不履行，是指合同当事人根本就没有实施履行合同的行为。在民间借款合同中，主要表现为三种情况：一是诺成合同生效后，贷款人根本没有向借款人提供借款，借款合同成为一张空文，借款人取得借款的合同权利未能实现；二是借款合同到期后，借款人根本没有向贷款人履行还债义务，致使贷款人出借的金钱未能收回，债权不能实现；三是诺成合同生效后，借款人拒不收取借款。

履行不当，是指贷款人或者借款人已有履行借款合同义务的行为，但是，已履行行为不符合或者不完全符合合同的约定。如诺成借款合同的贷款人向借款人提供的借款数额不足、时间拖延、提供借款方式错误等等；又如借款人未能全部清偿到期本金或者利息等等。总之，无论贷款人还是借款人，只要负有合同约定义务，虽已履行，但履行不符合合同约定的，就属履行不当。

第二节 违约责任

民间借款的违约责任，是指贷款人或者借款人不履行借款合同义务或者履行合同义务不符合约定而引起的民事法律后果。由

违约行为引起的违约责任是违约方所要承担的法律后果。

一、诺成民间借款合同的违约责任

《合同法》第二百零一条规定："贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。"这是一条诺成借款合同违约责任的规定。在理解和适用这条规定时，应当注意以下几个问题：

1. 适用无过错原则

对违约行为的归责原则问题，许多学者的主张和原《经济合同法》第三十二条第一款的规定，都以过错为条件，即一方当事人有过错，造成合同不能履行或者履行不当的，过错方才承担违约责任。然而，从《合同法》第一百零七条和第二百零一条的规定来看，则实行无过错归责原则，即不问违约方主观上有无故意或者过失，只要客观上存在不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的情况，除法定免责外，都要承担违约责任。

无过错责任原则，对诺成民间借款合同的贷款人而言，无论主观上有无过错，只要客观上未按照约定的日期、数额向借款人提供借款，就有可能承担违约责任；对借款人而言，只要客观上未按照约定的日期、数额收取借款的，除法定免责外，无论其有无过错，都要承担违约责任。

2. 贷款人承担违约责任以造成借款人损失为条件

在诺成民间借款合同中，贷款人承担违约责任，以贷款人的违约行为造成借款人损失为条件。贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，并不一定都要承担违约责任，只有同时造成借款人财产损失，才承担违约责任。如果贷款人虽已违约，但未造成借款人财产损失的，则不承担违约责任。

在诺成民间借款合同中，借款人违约，即未按照约定的日期、数额收取借款的，不论是否已经给贷款人造成损失，均要承担违约责任。由此可见，在诺成合同中，借款人与贷款人承担违约责任的构成条件是不同的，即违约责任的承担是否以违约行为造成对方财产损失不同。

3. 贷款人违约赔偿损失，借款人违约支付利息

诺成民间借款合同双方当事人承担违约责任的方式是不同的，贷款人违约造成借款人财产损失的，承担赔偿责任，而借款人违约则承担支付逾期利息的责任。

前面阐述的是贷款人不按约提供借款和借款人不按约收取借款的违约责任问题。诺成民间借款合同的贷款人按约提供借款，借款人按约收取借款后，双方当事人仍有可能发生违约行为，这些违约行为所要承担的违约责任与实践民间借款合同违约责任则是相同的。

二、实践民间借款合同的违约责任

实践民间借款合同是以贷款人向借款人实际提供借款生效的，因而，贷款人承诺后不提供借款，或者借款人承诺后不收取借款，因借款合同成立而未生效，故要承担的责任是缔约责任，而不是违约责任。贷款人提供借款，借款人收取借款后，实践合同生效，此后当事人违约；违约方应当承担违约责任。

实践民间借款合同中的贷款人向借款人提供借款后，不再负有主要义务，但是，这并不能说贷款人不会出现违约行为。在实践中，贷款人违约行为主要是要求提前收回借款，即有期限的借款在借款期限届满前，贷款人要求借款人提前归还借款。对此，有人认为贷款人应当承担违约责任，也有人认为贷款人违约行为不会导致违约责任的承担。我们认为，对这个问题要作具体分析。贷

款人要求提前收回借款，借款人完全可以以借款期限未满为由进行抗辩，拒绝提前履行还款义务，在这种情况下，贷款人的违约为一般不会造成借款人的损失，因而，贷款人不需要承担违约责任；如果借款人同意提前偿还借款，且无损失赔偿要求的，视为变更借款合同期限，贷款人不承担违约责任；如果借款人同意提前偿还，但因此受到损失而要求赔偿的，贷款人应当承担赔偿责任；如果双方当事人协商一致免收部分本金，或者免收全部或部分利息，则属借款合同的内容变更，不过，其中免收本息部分，贷款人实际上承担了违约责任。

借款人违约主要有两种情况：一是在诺成合同中未按约收取借款，二是借款到期后未按期返还借款。《合同法》第二百零七条规定："借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。"按照约定期限返还借款是借款人的主要义务，即还债义务。有期限的民间借款合同期限届满，借款人未能履行还债义务，属违约行为；无期限的民间借款合同，经贷款人催告并在合理期限届满时，借款人仍未履行还债义务，为违约行为。借款人违约未履行还债义务，承担支付逾期利息的违约责任。支付逾期利息有两个标准：一是按照双方当事人在借款合同中约定的标准支付；二是借款合同没有约定的，按照国家有关规定支付，国家有关规定是指比照银行同期同类贷款利率的规定。有关逾期利息的支付时间，前面已经介绍过，这里不再赘述。

第三节　违约责任的承担方式

根据《合同法》和《民法通则》的有关规定，合同当事人违约责任的承担方式主要有：实际履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等。鉴于民间借款属于金钱之债的特点，又根据《合

同法》有关借款合同的规定，民间借款合同违约责任的承担方式主要有：实际履行、赔偿损失、支付逾期利息等。

一、实际履行

实际履行，是指按照合同约定的标的履行。合同当事人一方逾期不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，应当承担实际履行责任。实际履行要求违约方在逾期后或不符合约定的情况下仍应继续自觉地按照合同的约定向对方当事人完全履行标的，从而达到合同既定的目的，使对方的权利得以实现。

民间借款合同因违约引起的实际履行责任，从主体上看分为两种情况，一是贷款人实际履行问题，二是借款人实际履行问题。

1. 贷款人的实际履行责任

在诺成民间借款合同中，贷款人未按照借款合同约定的日期、数额向借款提供借款，首先负有实际履行标的责任，即继续按照借款合同的约定向借款人提供借款，以满足借款人的借款要求。

在诺成民间借款合同中，贷款人违约行为主要表现为两种情况：一是期限届满后全部未向借款人提供借款，即根本违约；二是期限内已经提供一部分借款，而另一部分在期限届满后仍未提供，即部分违约。无论是根本违约，还是部分违约，贷款人都负有实际履行责任，只不过实际履行责任大小不同而已。根本未提供借款的，承担全部提供借款责任，部分未提供的，就未提供部分承担实际履行责任。

实际履行是法律为违约方设定的责任，目的是保护守约方的合同利益。如果实际履行会给守约方带来不利的，则不需实际履行。因此，法律又赋予守约方是否要求实际履行的选择权。在民间借款中守约的借款人要求违约的贷款人实际履行的，贷款人逾期后仍负有向借款人提供借款的责任；在贷款人逾期后，借款人

认为接受借款对自己不利，或者不需要借款的，可以不要求贷款人继续提供借款，也可以拒绝接受贷款人提供的借款。

违反诺成民间借款合同的贷款人，如果出现不能履行和不必要履行的情况，借款人就无必要选择实际履行，贷款人也可以不承担实际履行责任。

（1）诺成民间借款合同不能履行，是指贷款人已经根本没有金钱出借能力而无法履行合同义务。在实践中，有的贷款人在订立诺成民间借款合同时确有金钱出借能力，后因发生意外情况，如准备出借的金钱被盗、遭遇天灾人祸被毁损或者已经花费等等；有的自己本来就无钱出借，而是准备从他人处借款后再转借，后因无法从他人处借得款项而无法再出借等。这些情况都会导致贷款人不能向借款人提供借款而造成违约。因贷款人已经没有出借能力，客观上已经不能履行合同义务，故只能解除民间借款合同，免除其实际履行责任。但是，如果贷款人的违约行为已经造成借款人损失的，免除实际履行责任后，仍应承担赔偿损失责任。如果符合免除贷款人实际履行条件，且贷款人的违约行为没有造成借款人损失的，则贷款人可不承担任何方式的违约责任。

（2）继续履行合同义务已无必要。贷款人在约定提供借款期限届满后不能全部提供借款，或者部分借款未提供，借款人不要求继续提供借款，或者拒绝贷款人继续提供借款，贷款人继续履行合同已无必要，那么，诺成民间借款合同便可解除，贷款人可以不承担实际履行责任，但其违约行为已经造成借款人损失的，仍要依法承担赔偿责任。

2. 借款人的实际履行责任

借款人违约而承担实际履行责任的原因主要是借款期限届满，或者无期限借款经催告并给予的合理期限届满，借款人仍未向贷款人返还借款本金、支付利息。

合法的民间借款受法律保护。法律保护合法的民间借款最为重要的任务就是保护贷款人已经出借的本金得以收回，利息得以收取，因而，借款人违约后，必须承担实际履行还债义务的责任。

借款人实际履行责任有以下几个特点：

（1）借款人必须承担实际履行责任。贷款人未按诺成合同提供借款，借款人对贷款人是否要求实际履行提供借款义务有选择权，如果出现不能实际履行情况，则可不承担实际履行责任。而借款人逾期未履行还款义务，总是对贷款人不利的，如无法定特殊情况，不存在不必要实际履行问题。即使借款人出现不能履行情况，除法定免债和贷款人放弃债权外，仍不能免除其实际履行责任。

（2）当事人不得行使解除权。贷款人不按照诺成合同的约定提供借款，并出现不能实际履行情况，借款人认为无必要实际履行，可以行使解除权，而借款人未能履行到期债务，只要借款合同合法，则不可行使解除权；贷款人可以放弃债权，但不能通过行使解除权免除借款人实际履行的责任。

（3）不得以赔偿方式代替实际履行。贷款人不履行诺成合同义务而造成借款人损失，承担赔偿责任，而借款人未履行到期债务，除借款合同被确认无效外，不能以赔偿责任代替还款付息责任。

二、赔偿损失

违约上的赔偿损失，是指一方当事人违反合同约定给对方当事人造成财产损失所要承担的赔偿责任。赔偿损失也是民间借款合同中的一种违约责任。

民间借款合同当事人承担赔偿损失责任，仅适用于《合同法》第二百零一条第一款的规定，即贷款人未按照约定日期、数

额提供借款，造成借款人损失的情形。根据违约赔偿理论和该条的规定，贷款人承担因违约行为所引起的赔偿损失责任，由共性和特定两个方面的条件构成。

1. 共性条件

共性条件是指与其他损失赔偿一样都必须具备的条件。这方面的条件有：

（1）必须有违约行为。违约行为是违约方承担赔偿责任的原因，没有违约行为谈不上承担违约责任，更无违约的赔偿问题。

（2）必须有损失的事实。损失事实是构成赔偿的前提条件。没有损失事实，即使有违约行为，也不能产生赔偿责任，如有必要，也只能通过其他方式追究违约责任。贷款人不按照诺成合同约定的日期、数额向借款人提供借款，没有造成借款人损失的，贷款人不承担赔偿损失责任，如果事实上造成借款人财产损失的，则应当予以赔偿。

（3）违约行为与财产损失之间必须有着因果关系。违约行为是财产损失的原因，财产损失是违约行为的后果。某一财产损失确系某一违约行为造成的，该违约人才承担赔偿责任。虽然一方当事人违约，但另一方当事人的财产损失并非该违约行为造成的，违约方不承担赔偿责任。

2. 特定条件

诺成民间借款合同的贷款人承担违约责任，除具备上述共性条件外，由于这种违约责任有其特殊性，还必须具备以下几个特定条件：

（1）违约方必须是诺成民间借款合同的贷款人。诺成民间借款合同中的借款人违约，不按约定日期、数额收取借款，不承担赔偿责任，而承担支付逾期利息责任。在实践民间借款合同中，贷款人因已提供了借款故不负主要义务，即使违约，也只能通过其

他方式承担责任。

（2）违约行为必须是未按照约定的日期、数额提供借款。这是贷款人违反诺成民间借款合同所要承担赔偿责任的特定原因，贷款人发生其他违约行为，依法承担其他民事责任，而不承担这里所说的赔偿责任。

（3）借款人的损失必须是贷款人未按照约定的日期、数额提供借款造成的。这也是个因果关系，但是，原因和结果都是特定的。特定的原因是贷款人未按照约定的日期、数额向借款人提供借款，特定的结果是造成借款人的损失，造成他人损失，贷款人则不对借款人承担赔偿损失责任；没有造成损失，则不承担违约责任。

关于赔偿损失的其他问题，适用《民法通则》的有关规定进行处理。

三、支付逾期利息

支付逾期利息主要是借款人的违约责任，适用于以下两种情况：一是在诺成民间借款合同中，借款人未按照约定的日期、数额收取借款；二是借款人未按照约定的期限返还借款。至于支付逾期利息的其他问题，前面已经阐明。

通过上述分析，我们可以看出，民间借款的违约责任，对贷款人适用实际履行和赔偿损失两种方式，对借款人适用实际履行和支付逾期利息两种方式。

第十一章 保证、抵押和质押——民间借款的三种担保方式

《担保法》第二条第一款规定："在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式担保其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。"《合同法》第一百九十八条规定："订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。"从这两条法律规定来看，民间借款属可担保范围，且应适用《担保法》的规定。

根据《担保法》第二条第二款规定，担保方式有保证、抵押、质押、留置和定金五种。但是，留置、定金这两种方式不适用民间借款的担保，民间借款仅适用保证、抵押、质押三种担保方式。

第一节 民间借款担保方式之一——保证

民法上的保证是债的担保的一种方式。民间借款之债是金钱

之债。贷款人为了保障自己出借的金钱债权得以实现，要求借款人提供保证，那么，借款人就得请求第三人出面为其借款提供保证，否则，贷款人不提供借款，借款人达不到借款目的。如果第三人同意为借款人提供保证，且取得贷款人同意，便产生民间借款合同的保证问题。

一、概念和特点

民间借款合同的保证，是指保证人与贷款人约定，当借款人到期未履行还债义务时，保证人按照约定代为履行借款债务的行为。民间借款合同的保证，是以民间借款为保证对象的一种担保方式，被民间借款合同当事人所常用。

根据《担保法》的有关规定来分析，民间借款保证方式有以下两个明显的法律特征：

1. 保证人是保证合同中的当事人，也是民间借款法律关系以外的第三人

在民间借款保证法律关系中，借款人是被保证人，贷款人是债权人，为借款人保证偿还借款而与贷款人订立保证合同的人是保证人，可见，保证人是保证合同的当事人。保证人原本与民间借款合同无关，但因为为借款人提供保证，便成为民间借款保证法律关系的当事人。但是，保证人不是民间借款合同中的当事人，而是借款人和贷款人以外的人。保证人是民间借款合同以外的第三人，这个特点在主体上表明两点：一是借款人不能作为自己借款的保证人，二是贷款人也不可能为对方借款人提供保证，如果借款人和贷款人作为保证人，民间借款的保证就毫无意义。因此，保证人必须是民间借款合同以外的第三人。

2. 保证合同是双方当事人自愿约定而形成的从属性合同

在民间借款保证活动中，必须坚持担保自愿原则。保证人为

借款人提供保证担保应当是自愿的行为，因为，借款人到期未能清偿借款债务，保证人就要承担代偿责任，就要自己掏腰包代替借款人还债，如果他人强迫其保证，就有可能损害其利益。贷款人接受保证人提供保证担保也应当自愿，因为贷款人要求提供保证和接受保证是为了保障自己借款债权实现，如果贷款人自愿接受无代偿能力的人提供保证担保，届时保证债权不能实现，则由贷款人自己承受；如果他人强迫贷款人接受无代偿能力的人提供保证担保，届时不能实现债权，则会损害贷款人的利益。因此，民间借款保证活动必须坚持自愿原则，任何单位和个人包括借款人和贷款人都不得强迫他人为借款人提供保证担保，也不得强迫贷款人接受某一第三人提供保证担保，法律、法规也没有强制性提供担保的规定。如果强制他人提供保证或者强制贷款人接受保证的，相关人可以予以拒绝。

民间借款保证合同是保证人与贷款人协商一致而成立的合同。保证合同作为一种民事合同，必须遵循民事合同订立的一般规则。约定是所有民事合同的规则，故民间借款保证合同的订立必须由双方当事人约定，包括自愿约定保证方式、保证期限、保证数额等内容。

民间借款保证合同是一种相对独立的合同，所谓“相对独立”，是指保证合同不代替民间借款合同，但依附民间借款合同而存在，因此，民间借款保证合同是民间借款合同的从属合同。

二、民间借款保证人的特定资格

在民间借款活动中，第三人可以作为借款保证人，但是，并非任何第三人都可以作为借款保证人的。当某一第三人作为民间借款保证人与其他所有从事民事行为人一样，都必须具有完全民事行为能力，除此共性资格外，还必须具备一种特定资格。特定

资格是保证人区别于其他民事行为人所要具备的资格。保证人特定资格的内容是具有良好的信誉和代为清偿借款债务能力。

在民间借款的三种担保方式中，各个担保方式中的担保人都有各自的特定资格条件：抵押人必须有相当于被担保借款债务数额价值并属于其所有的动产或者不动产；质押人必须有相当于被担保借款债务数额价值的并属其所有的动产或者财产权利。否则，第三人或者借款人都无资格作为抵押人或者质押人。保证人的良好信誉和代为清偿债务能力，是区别于其他担保人的特定条件。第三人如无信誉，贷款人不会接受其保证，如无代为清偿借款债务能力，保证便是“空保”。

借款保证人的特定资格有两个方面组成，即信誉和代为清偿债务能力，这既是法律的要求，又是实现贷款债权的需要。《担保法》要求保证人提供保证后应当按约履行保证责任。保证人是否按约承担保证责任，就有一个信誉问题。信誉虽然不能用数量来表示它的价值，但在承担保证责任中有着极为重要的作用。信誉良好的人即使无足够的代偿能力，也能千方百计地借钱代为清偿，但有的人有代偿能力却无信用，千方百计逃避保证责任。但是，信誉毕竟是“虚”的条件，还不能够切实保障债权的实现，故《担保法》第七条侧重强调保证人必须具有代为清偿能力。代为清偿能力是借款保证的“实”条件。有了这个条件，即使保证人不自觉履行保证义务，贷款人也可以通过诉讼程序，申请法院强制执行其财产，保障借款债权实现。由此可见，信誉和能力的“虚”“实”结合是保证人特定资格不可缺少的内容。

三、民间借款保证合同

民间借款保证合同，是指借款保证人与贷款人约定，当借款人没有或者不能履行民间借款合同债务时，由保证人依法代为清

偿的协议。民间借款保证合同有以下几个法律特征：

（1）人格性。保证是人的保证，民间借款保证合同是以保证人的信誉和代为清偿债务能力作保的合同，故带有很强的人格性。

（2）诺成性。保证合同与物的担保合同（抵押、质押）不一样，物的担保合同大多数是实践性合同，以标的物交付或者标的物登记为生效要件，而保证合同是诺成性合同，是以双方当事人意思表示一致的合同，只要保证人在借款合同上或者在借款保证合同上签名或者盖章即可生效。

（3）标的物不确定性。物的担保合同，标的物是特定化的财物，而保证合同的标的物是不确定的，保证人所有的财产都是保证责任财产。

（4）单务性。在民间借款保证合同中，保证人只负有实体义务而不享有实体权利。虽然保证人提供保证后使借款人取得借款，虽然保证人履行保证义务后有权向借款人追偿，但是，这些权利不是保证合同中保证人对贷款人所享有的权利。

（5）无偿性。在民间借款保证合同中，保证人的保证行为是无偿的。有些借款人虽有可能给保证人一些好处，但不是保证合同的内容，而是保证合同以外的事情。

（6）从属性。民间借款合同是主合同，而民间借款保证合同是从合同。其从属性在效力上表现为，除担保合同另有约定外，民间借款合同无效，为其担保的保证合同随之无效。

2. 民间借款保证合同成立情况

根据《担保法》、《合同法》的有关规定和民间借款的实践情况，民间借款保证合同成立有以下几种情况：

保证人与贷款人就保证依法达成书面合同协议的，保证合同成立。这是一种规范的保证形式，在民间借款活动中较为少见。

保证人以具有保证性质的信函、传真等向贷款人表示，当被

保证人不履行债务时，由其代为履行并为贷款人接受的，保证合同成立。但以这种方式提供保证的，保证人所提供的信函、传真等书面材料，必须有明确的保证内容。

保证人在贷款人与借款人签订的订有保证条款的借款合同上以保证人身份签字或盖章的，保证合同成立。在实践中，贷款人先拟好保证借款合同，贷款人、借款人和保证人一起在该种合同上签字盖章，民间借款合同与其保证合同一起成立。

保证人在借款人出具给贷款人的借据上以保证人的身份签字或盖章。这种保证形式在民间借款活动中最为常见。

此外，保证人用口头形式表示提供保证的，不能认定借款保证合同成立，但保证人事后承认保证的除外。

3. 无效民间借款保证合同的认定

民间借款保证合同是否有效，应当根据《担保法》、《民法通则》和《合同法》等有关规定作出判断。根据法律规定，结合民间借款实践，常见的无效民间借款保证合同有以下几种情况：

保证人主体不合格。不合格的保证人主要有四种情况：(1) 不具有完全民事行为能力的自然人；(2) 以财政资金或者集体资金为自然人借款提供保证的国家机关和集体单位；(3) 以公益为目的事业单位和社会团体；(4) 没有法人书面授权的企业法人的分支机构和职能部门。以上组织和个人为借款人提供担保，所签订的民间借款保证合同无效。

民间借款合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，或者贷款人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背意愿的情况下提供担保的，保证合同无效。

民间借款保证合同被确认无效后，保证人有过错的，应当承担相应的民事责任。

四、民间借款保证的期间

民间借款保证期间，是指贷款人主张保证债权和保证人承担保证责任的有效时间。在民间借款保证活动中，贷款人行使保证债权，保证人履行保证义务，都应当在法律规定或者合同约定的时间内完成，因而就有一个保证期间问题。

1. 保证期间的种类

根据《担保法》的规定，民间借款保证期间分为约定期间和法定期间两类。

约定期间，是贷款人与保证人约定，自借款合同履行期届满之日起，保证人在一定时间内承担保证责任的时限。约定期间是贷款人与保证人平等自愿协商一致并利用保证合同形式确定下来的。

法定期间，是贷款人与保证人对保证期间未约定或约定不明确的情况下，执行《担保法》规定的期间。根据《担保法》第二十五条和第二十六条规定，保证人与贷款人未约定保证期间的，保证期间为借款债权履行期届满之日起六个月。这六个月就是法定期间。

在实践中，许多民间借款的保证人和贷款人对保证期间不了解、不重视，未约定保证期间的情况很普遍，因而，适用法定期间的比较多。当然，有约定的，应当遵循担保自愿原则，适用约定期间。

2. 实践中遇到的需要解决的几个保证期间问题

在民间借款担保活动中，贷款人与保证人对保证期间的约定，在许多情况下是不规范的，有的甚至给法律上带来难题。从实践来看，主要有以下几个问题需要解决：

（1）约定保证期间超过诉讼时效期间问题。目前，法律对约

定保证期限只规定开始时间，即从合同履行期届满之日起，尚未限定保证多长时间，即未规定限制保证时间的结束点。那么，保证期长短就由保证人与贷款人自愿协同来确定。笔者认为，约定借款保证期限最长不超过借款合同纠纷诉讼时效期限（两年）为宜。如果约定的保证期间长于诉讼时效期间，因贷款人超过诉讼时效期间提起诉讼而对借款人失去胜诉权，再要求保证人承担保证责任，就有悖于常理。但保证人的保证行为已经成立，不能因此完全免责，而应当以约定不明确处理，适用法定期间。

（2）约定保证期间早于或等于借款债务履行期的问题。有的民间借款保证合同当事人对保证期限问题不理解，约定的保证期间早于或等于主债务履行期间，使保证合同约定的保证责任期间的终点就是借款债务履行到期之日或者早于借款债务履行到期之日。如何处理这种情况，目前有两种意见。一种意见认为，这种约定不存在“线段性”，实际上并未形成期间，保证人不承担保证责任。另一种意见认为，保证人的保证意思表示是明确的，保证行为是成立的，故可视为期间约定不明确，适用法定保证期间。我们倾向后一种意见。

（3）约定保证期间为债务清偿之日止的问题。在民间借款活动中，有些贷款人为了不使保证人脱离保证责任，双方约定借款人未清偿债务的，永不免除保证人的保证责任，或者约定保证到借款人清偿债务完毕止。对这种约定，一种意见认为，保证意思表示是清楚的，但这种约定与设立保证期间的立法意图相悖，故应视为约定期间不明确，适用法定期间。另一种意见认为，这种约定意思表示清楚，但因保证合同只是主合同的从合同，保证责任应从属于主合同的债务责任，因此，这种约定的保证期间应在主债务的诉讼时效内。但我们倾向于前种意见。

五、借款的一般保证方式

根据《担保法》的规定，民间借款保证有一般保证和连带责任保证两种方式。

民间借款中的一般保证，是指贷款人与保证人约定，当借款人到期不能履行借款债务时，由保证人承担保证责任的一种保证方式。这种保证方式的关键问题是“不能”。

《担保法》第十七条第一款规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”该条第二款规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。”这里的“不能”两个字，是一般保证区别于连带责任保证的根本点，也是一般保证的主要特点。

一般保证中的“不能履行”，当然属于未履行，但不等于未履行。未履行有两种主要情况：一是借款人确无能力而未履行，二是借款人有能力而未履行。这里的不能履行，是指借款人的财产经人民法院强制执行后仍无法全部清偿到期借款债务的情况，属于无能力履行的情况。民间借款一般保证的保证人，在借款合同纠纷经审判，并就借款人财产被强制执行后，借款人仍不能履行债务的，就必须承担保证责任，代为偿还借款债务。民间借款合同纠纷未审判，且未对借款人的财产实施强制执行的，一般保证的保证人可以拒绝先行承担保证责任。民间借款合同纠纷既未经审判，又未对借款人的财产实施强制执行，贷款人不必向一般保证的保证人催讨，如在此时向其催讨，他可以行使先诉抗辩权，拒绝先行承担保证责任；更不能对其财产实施强制执行措施，否则就是违法行为，除非一般保证的保证人此时自愿代为偿还。

在实践中，如何认定“不能”？我和于伟合著的《贷款担保诉

讼》（人民法院出版社出版）一书中作了阐述，该书中列出的几种情形，亦适用于民间借款的一般保证，为了方便读者，这里再予引述：

（1）借款人住所变更，致使贷款人要求其履行还债义务发生重大困难的。这里关键的问题是“重大困难”，如借款人住所变更，经查访下落不明；又如贷款人虽然知道其变更后的住所，但贷款人无法催讨的，如借款人移居境外，贷款人就很难到国外去向其催讨。在这些情况下，贷款人可以直接向一般保证的保证人催要，人民法院也可以直接判令一般保证的保证人先予偿还。但借款人仍有财产可供执行，且执行无“重大困难”的，应当先执行借款人的财产。

（2）人民法院受理借款人破产案件，中止执行程序的。借款人作为企业被宣告破产，人民法院对其已经进入执行程序的债务作出中止执行裁定。此时，一般保证人的保证责任并不因此而随之中止承担，而是从对破产借款人中止执行裁定送达后开始承担，也就是说，在强制执行破产借款人前，一般保证的保证人不得拒绝承担保证责任，应当先予偿还，然后在破产程序中实现追偿权。

《担保法》第十七条第三款规定的上述两种情况还不能完全包含“不能履行”的全部内容，“不能履行”还应有其他表现情况。我们认为，借款人出现下列情形之一，视为“不能履行”，一般保证人应当开始承担保证责任：

（1）借款人公民死亡，无遗产可供执行的，或者继承人放弃继承而遗产执行后不足清偿的；

（2）借款人公民生活困难，除生活必需用品和必需费用外，无财产偿还债务的；

（3）借款人企业破产、解散、关闭后，其财产不足清偿债务的；

（4）借款人公民被宣告失踪、下落不明或者移居境外，无财产可供清偿，或者财产执行后不足清偿的；

（5）借款人公民违法犯罪被劳教劳改，且无财产可供清偿，或者执行后不足清偿的；

（6）借款人可供执行的财产经人民法院采取拍卖、变卖等处分性措施不成的；

（7）借款人的财产被查封、扣押、监管，人民法院无法强制执行的；

（8）借款人的财产被确认为违法，且无其他合法财产可供执行的；

（9）借款人财产所在地不明的；

（10）法律、法规规定不能强制执行，且借款人无其他财产可供执行的。

借款人出现上述各种“不能履行”情形，其清偿借款债务的义务转嫁给一般保证人，一般保证人提出先诉抗辩无效，而应当开始承担保证责任。

但是，一般保证人自愿以书面形式放弃先诉抗辩权，或者已经履行了保证义务的，视为保证人自愿承担保证责任。一般保证人以书面形式放弃先诉抗辩权后，必须从放弃之日起承担连带保证责任，履行代为清偿借款债务义务；一般保证人履行保证义务后反悔的，人民法院不予支持。

六、借款的连带责任保证

1. 概念和特点

民间借款的连带责任保证，是指贷款人与保证人在借款保证合同中约定，保证人与借款人对借款债务承担连带责任的一种保证方式。连带责任保证是借款担保活动中最为常见的担保方式。

《担保法》第十八条第二款规定："连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。"这里的"没有"，显然是区别于一般保证的"不能"而规定的。根据该条款规定，连带责任保证的借款合同约定的借款债务履行期届满，连带责任保证的借款人（被保证人）没有清偿到期债务，贷款人可以要求借款人履行还债义务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。连带责任保证的借款债务到期后，不管借款人有偿还能力而主观上不愿偿还，也不管借款人客观上无能力偿还，只要实际没有偿还借款，保证人与借款人就要负连带保证责任。从中也可以看出，连带责任的保证债务虽然具有从属性质，但在借款合同到期后，借款人与保证人不分先后顺序承担清偿债务责任。

2. 与一般保证的区别

"没有"是连带责任保证的特点，它与一般保证的"不能"形成明显区别。由于"没有"与"不能"之间的差异，两种保证方式存在以下几个区别：

（1）保证人开始承担保证责任时间不同。一般保证和连带责任保证的保证责任都自保证合同生效之日起成立，但开始承担保证责任时间不同。一般保证的保证人在通常情况下以强制执行借款人财产后才开始承担保证责任，而连带责任保证的保证人从借款合同期满之日起开始承担保证责任。若混淆这两种时间上的差异，要求一般保证的保证人在借款合同到期后就开始履行保证责任，在借款人有履行能力的情况下，就会影响保证人的实体权益；对连带责任保证的保证人，若等到借款人"不能"履行义务时再要求其履行保证义务，就有可能影响贷款人实体权益的及时实现。

（2）两者作为被告的情况不同。在诉讼中，连带责任保证的

借款合同纠纷，贷款人可以将借款人和保证人列为共同被告诉至人民法院，在一定条件下也可以单独先诉保证人先予偿还；一般保证的借款合同纠纷，在一般情况下，贷款人只能将借款人和保证人列为共同被告诉至人民法院，而不能将保证人单独诉至人民法院。

（3）两者的诉讼时效中断情况不同。《担保法》对一般保证方式的诉讼时效中断情况作了特别规定，即债权人就主债务在保证期限内，未约定保证期限的，在主债务期限届满之日起六个月内，提起诉讼或者申请仲裁，才适用诉讼时效中断的规定；连带责任保证已明确约定保证期间的，保证期间通常不因任何事由中断，若未约定或约定不明确的，可因法定事由而中断。

（4）两者的抗辩权不同。一般保证的保证人享有先诉抗辩权和免责抗辩权，而连带责任保证的保证人只享有免责抗辩权，而不享有先诉抗辩权。

（5）两者在保证合同中标示不同。贷款保证合同上明确标示一般保证的方为一般保证方式；而贷款保证合同上未标示一般保证的或者连带责任保证的，通常被视为连带责任保证。《担保法》第十九条明确规定："当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任"。但遇有下列两种特殊情况要作恰当处理：若贷款人与保证人在保证合同中约定类似借款人不能履行债务时由保证人承担保证责任这些条款的，应当认定为一般保证；若保证合同中约定保证人不享有先诉辩权的，视为连带责任保证。

七、借款的共同保证

一个民间借款合同只有一个保证人作保的，是单独借款保证，这是民间借款保证常见现象。但是，在民间借款活动中，有些贷

款人为了切实保障自己的债权，要求借款人提供两个或者两个以上的保证人；有些借款人为了借取贷款人的款项，并让贷款人放心出借，主动提供两个或者两个以上保证人作保。于是，就会出现共同保证问题。

共同借款保证，是指一笔民间借款有两个或者两个以上保证人的保证形式。共同借款保证有两个基本要求：一是同一借款债务，即两个以上保证人所担保的是借款人的一笔借款债务。如果借款人有两笔以上借款债务分别订立两个合同，你为第一笔借款提供保证，我为第二笔借款提供保证，这是两个借款合同的两个保证人，而不是共同借款保证人。二是有两个以上保证人。一个保证人为一笔借款提供担保是单独借款担保，两个保证人各自为两笔借款提供保证也是单独借款保证，只有两个或者两个以保证人为同一借款人的同一项借款提供保证，才是共同借款保证。

借款共同保证人的责任承担有两种情况：

一是按份承担保证责任。各个保证人已在借款保证合同中约定各自保证数额的，应当按照借款保证合同约定的保证份额，各自承担保证责任。如借款人向贷款人借款 1 万元，甲保证 0.6 万元，乙保证 0.4 万元，借款人到期没有偿还借款，甲承担 0.6 万元的保证责任，乙承担 0.4 万元保证责任，如甲未履行 0.6 万元代偿义务，贷款人不能将其保证责任加于乙，要求乙承担全部借款的代偿责任，因为已约定保证份额的共同保证，各保证人之间互不负连带保证责任。

二是互为连带保证责任。在共同借款保证合同中，各保证人没有约定保证份额的，保证人之间承担连带保证责任，借款人到期没有清偿借款债务，贷款人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,任何一个保证人都负有履行代偿全部借款债务的义务。如借款人向贷款人借款 10 万元，我和你一起为借款人提供保证，

但未约定各自的保证份额，那么，我与你互为连带保证责任，贷款人可以要求你全部清偿保证借款，也可以要我全部清偿保证借款。但是，我已经全部承担10万元保证责任，贷款人不得再要求你承担保证责任。

在未约定保证份额的共同保证中，其中一个保证人已经承担全部保证责任，该保证人有权要求其他未承担保证责任的保证人清偿应承担的份额。如我和你共同为借款人保证10万元借款，我全部代为清偿后，我可以向你要求清偿应当承担的份额。

八、借款的混合担保

在民间借款活动中，同一借款债权既有人的保证又有物的担保是混合担保，在混合担保中，保证人只对物的担保以外的借款债权承担保证责任，如借款人借款10万元，我以6万元价值的物品为借款人借款提供抵押担保，同时，你又为借款人提供保证，那么，你这个保证人只能承担4万元的保证责任。贷款人放弃物的担保或者担保物无法处理使债权不能受偿，不得因此加重保证人的保证责任。如上例，贷款人放弃价值6万元物品的抵押权或者该6万元物品无法处理，这6万元对保证人来说是没有责任的，保证人只承担4万元的保证责任。

混合担保常见的有三种情况：一是两个以上的人为借款人提供担保，且一个提供保证，另一人提供抵押或质押；二是同一个民间借款合同当事人以外的第三人，既提供保证又提供抵押或质押，这种混合同担保实际上是由一个担保人承担全部担保责任；三是借款人以自己的财产作抵押或质押，不足部分由第三人提供保证。

九、保证责任范围

《担保法》第二十一条规定："保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。"从这条规定来看，保证人的保证责任范围有约定和法定两种情况。

约定保证责任范围是由保证人和贷款人在保证合同中约定的，根据担保自愿原则，约定保证担保多少借款数额和内容，保证人相应地承担多少保证责任。例如，借款人和贷款人约定借款5万元，月利率15‰，而保证人与贷款人约定保证3万元及3万元的15‰的利息，那么，保证人只承担3万元本金和3万元的15‰的利息，对另2万元及利息和其他费用，保证人不承担保证责任。

法定保证责任范围是全部债务，适用于保证人和贷款人约定保证全部债务和对保证担保范围没有约定或者约定不明确的情况。全部债务包括全部借款本金、利息、实现债权费用等。在适用法定保证责任范围时，借款人到期未履行还债义务，保证人承担全部主债务和全部从债务的代偿责任。

但是，无论是约定保证责任范围，还是法定保证责任范围，保证人所要承担的保证责任只能相同或者小于借款合同约定的债务范围。因为，保证合同是借款合同的从合同，保证债务是借款债务的从债务，所以，保证责任范围不能超过借款本金、利息和其他派生债务，对大于这个范围的部分，保证人不承担保证责任。

十、无效保证的责任问题

民间借款保证合同被确认无效后，保证人不再承担保证责任。

但是，保证人因自己过错造成保证合同无效的，根据过错程度承担相应的民事责任。例如，借款人骗取贷款人的借款用于赌博，保证人明知仍为借款提供保证担保，如果此借款合同被确认无效，保证人有过错，就应当与借款人承担连带赔偿责任。对无效保证，如果保证人无过错，则不承担民事责任。例如，借款人和贷款人串通，故意损害保证人的利益，骗取保证人提供保证担保，导致借款保证合同无效的，保证人无过错，则不承担保证责任，也不承担赔偿责任。

第二节　民间借款担保方式之二——抵押

民法上的抵押，是指债务人或者第三人不转移一定财产的占有，将该财产作为债权的担保。在民间借款活动中，借款人向贷款人借款，贷款人要求借款人提供担保，借款人或者第三人可以与贷款人约定采取抵押方式，以自己的财产提供抵押。民间借款可以适用抵押担保，抵押是民间借款的一种担保方式。

一、民间借款抵押方式的特点

民间借款抵押担保，适用《担保法》的有关规定。根据《担保法》对抵押的规定，民间借款抵押担保方式不同于其他担保方式，它有以下3个特点：

1. 在主体上，抵押人是借款人或者第三人

在民间借款抵押关系中，除贷款人不能成为抵押人外，谁以自己的财产提供抵押担保，谁就是抵押人。当借款人以自己的财产为自己的借款提供抵押担保时，借款人即抵押人，这是民间借款抵押的常见情况；当民间借款合同以外的人以其财产为借款提供抵押担保时，第三人是抵押人，这种情况较为少见。抵押与保

证两种担保方式在主体上的区别在于：保证方式中的担保人必须是借款合同以外的第三人，而抵押方式中的担保人可以是第三人。

2. 在标的物上，抵押物必须是特定物

抵押物是抵押人提供抵押担保的财产。当抵押人提供抵押担保时，抵押物必须是具体的明确的财物。如以小车提供抵押，必须是什么型号的，什么车号牌照的小车。有些种类物可以抵押，但必须将种类物特定化以后用于抵押。例如，私营阀门厂以自己生产的阀门作抵押，抵押合同不能简单地笼统地提及阀门抵押，而应当从阀门产品中具体指定什么型号、多少套的阀门作为抵押物。民间借款的抵押物通常是有形财物，包括有形的动产和不动产，但某些具有财产内容的权利也可以用于抵押。在担保标的物上，抵押与保证的区别在于：保证担保提供的是“具有代为清偿债务能力”，保证人的所有财产都是担保责任财产，不具有特定性，而抵押物具有特定性。

3. 在抵押物管理上，不转移为贷款人占有

抵押与质押的区别在于，抵押物仍为抵押人占有、使用和管理，不转移为贷款人（抵押权人）占有。贷款人在抵押合同生效后，仅取得抵押权，而未取得抵押物的所有权、处分权和占有权。如抵押人用房屋作为借款的抵押物，该抵押房产仍为抵押人所有、居住，而不交付贷款人。质押则不同，质物须交付贷款人占有和管理。

押抵的好处在于：抵押人不转移抵押物为贷款人占有，可以继续利用抵押的财产，如作为抵押物的房屋用于出租取得收入，可以用来偿还债务；对贷款人来说，因不占有抵押物，不负保管抵押物的义务，却能取得完全的担保权，既比保证安全可靠，又比质押负担要轻。但是，抵押与质押相比，不如质押安全，因为贷款人不占有抵押物，容易使抵押人转移抵押物逃避抵押担保责任，

使贷款抵押权难以实现。

二、民间借款抵押合同的内容

民间借款活动中的抵押人与贷款人（抵押权人）就抵押担保达成协议后，通常订立抵押合同。借款抵押合同的内容是双方当事人依法约定的抵押权利和抵押义务，具体内容有：①借款债务的币种、数额、期限等，即借款合同的主要内容记载于抵押合同之中；②抵押物的名称、数量、质量、所在地、所有权权属、价值等；③抵押担保债务范围，包括担保本金数额、利息和实现抵押权的费用等；④其他需要约定的事项。

根据合同自愿原则，抵押合同的权利义务设定是由双方当事人自愿约定的，但是，双方当事人约定绝押是为法律所禁止的。抵押人与贷款人双方在订立抵押合同时约定，当借款合同期限届满，借款债权未受清偿时，抵押物的所有权即转移为贷款人所有，这是绝押条款。抵押人虽然将自己的财产作为借款的抵押担保物，但对抵押物仍然拥有所有权；贷款人在签订抵押合同后仅取得担保物权，而不能取得所有权。如果借款到期贷款人取得抵押物的所有权，就相同于买卖关系，贷款人付钱，借款人或第三人交物，这就完全改变了抵押的性质。因此，《担保法》第四十条规定："订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。"

三、借款抵押物的构成条件

借款人或者第三人提供财产抵押，该财产必须符合法定条件才能成为有效的抵押物。根据《担保法》的规定和担保实践的情况来看，某一财产成为抵押物应当同时符合下列条件：

1．必须是抵押人享有所有权、处分权的财产

财产所有权的客体是物，某一物属于抵押人所有，抵押人才可以将该物用于抵押。借款人或者第三人以自己所有的财产提供抵押，该财物才有可能成为借款抵押物。如果拿他人的财产抵押，因侵害他人合法的财产权益会造成借款抵押合同无效。处分权是指依法处理所有物，变更它在事实上和法律上命运的权利。非所有权人从所有权人那里取得财产处分权的，可以处分财物或者设定物权，因而，可以用非其所有的财产用于抵押。行为人未从所有权人那里取得处分权的，如通过租赁取得的房屋使用权，就不得将该房屋用于抵押。

此外，法人或者其他组织在经营管理他人财产时，依法对该财产享有处分权的，也可以以其经营管理的财产作为抵押物。

2．必须是合法的无争议的财产

提供借款抵押的财产，必须是合法取得的财产。非法占有和取得的财产不得作为借款抵押物，如借款人或者第三人强占他人的房屋，然后拿该房屋作为借款抵押物。如果以非法所占的财产作为抵押物，当合法所有权人主张权利后，就会使抵押权人无法处理抵押物来实现债权。借款人或者第三人提供抵押的财产，他人与其有争议，该财产的所有权尚处于不确定状态，贷款人不应接受该财产担保。若已经接受，在争议未解决之前，法律也不给予保护。

3．必须是法定范围内的财产

从法理上说，动产和不动产可以用于抵押，但是，不是所有动产和不动产都可以抵押的，而是说法律规定可以抵押的财产中有动产和不动产。

根据《担保法》第三十四条规定，下列财产可以作为抵押物：

（1）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

（2）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

（3）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；

（4）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；

（5）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（6）依法可以抵押的其他财产。

根据《担保法》第三十七条规定以及有关法律规定，下列财产不得作为民间借款抵押物：

1. 土地所有权；

2. 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权（其他法律另有规定可以抵押的除外）；

3. 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

4. 所有权、使用权不明或者有争议的财产；

5. 依法被查封、扣押、监管的财产；

6. 依法不得抵押的其他财产。

法律规定可以用于抵押的财产，有的因民间借款特点所决定而不能或者不宜作为民间借款抵押物，如国有的土地使用权、房屋、机器等，尽管当事人依法享有处分权，可以作为银行借款抵押物，但不宜将国有财产作为民间借款抵押物抵押给自然人。有的财产法律规定不可用于抵押，但从另一个角度看，可以用于民间借款抵押，如以营利为目的私立学校、幼儿园、医院等作为民间借款人时，其财产可以作为自己借款的抵押物。

4. 必须是国家允许进入市场流通的财产

贷款人接受借款人或第三人抵押，并非为了取得抵押物，而

是看中抵押物的价值。当借款人到期没有履行还债义务，抵押人要承担抵押责任时，就要处理抵押物来清偿债权，而处理抵押物必须进入市场流通换取价款。假如抵押物不能进入市场流通，就会使借款债权无法得以实现。所以，抵押物必须是法律允许进入市场流通（交易）的财产。

四、民间借款的房产抵押

房产抵押是以房屋为标的物的抵押。房产对我国人民来说是大宗财产，是赖以生存的基本财产。房产的法律问题比较复杂，但又是民间借款抵押的常见标的物。因此，这里专题介绍房产抵押的有关问题。

1. 抵押人对房产拥有所有权

借款人或者第三人提供房产为借款设定抵押担保，就该抵押房产必须拥有所有权，这是房产抵押构成的要件之一。所有权人对自己所有的房产享有占用、使用、收益和处分的权利，并有排除他人干涉的权利。所有权人完全可以按照自己的意愿处分自己的房产，当然也就可以以自己的房产用于抵押。

非房产所有权人一般不得将不属其所有的房产用于民间借款抵押担保，否则就会侵害所有权人的合法权益。但是，非所有权人已经从所有权人处取得房产处分权的，则可以以有处分权的房产提供抵押担保。

2. 不得用于民间借款抵押的房产

法律规定房产可以作为抵押物，但并非不分任何情况的房产都可以抵押的，根据有关法律规定和民间借款的特点，排除下列房产设定民间借款抵押：

（1）未取得合法手续的房产。在实现生活中，某些房产属某人或某企业所有是明确的，且无他人与之争议，但未取得合法手

续，或者违反有关行政管理法律、法规，此时，该房产处于非法状态或者是否合法尚未确定状态。如果有关行政机关依法作出拆除或者没收决定，房主就会失去该房产，若该房产作为借款抵押物，就会使贷款人的抵押权落空。

（2）所有权不明确或者有争议的房产。如果房产所有权在设定抵押时处于不确定状态，该房产作抵押后，又被确认为他人所有，借款抵押合同就会无效。

（3）依法被查封、监管或者以其他形式限制的房产。房产所有权人可能因民事纠纷、行政处罚、刑事犯罪，其房产被国家有关机关查封、监管，受国家强制控制，所有权人暂时丧失处分权，因而不得作为借款抵押物。

（4）列为文物保护和有重要纪念意义的房产。

（5）已依法公告列入拆迁范围的房产。

（6）没有抵押人资格的国家机关、公益事业单位和社会团体，不得以其房产设定抵押。

此外，国家和集体的房产不得为民间借款抵押物。我国房产所有权权属大致分为四种情况：私人所有、企业所有、集体所有和国家所有。由于民间借款在主体上受到限制，通常只有私人房产用于民间借款抵押，企业房产用于民间借款抵押的情况很少见，而集体所有和国家所有的房产通常不得用于民间借款的抵押担保。民间借款发生在自然人之间和企业与自然人之间，国家机关和集体组织通常不与自然人发生民间借款，所以，国家机关和集体单位一般不会以自己的财产用于民间借款抵押；再之，集体单位和国家机关如为他人的民间借款提供抵押担保，有损于集体或者国家的利益，则为法律所不允许的。

3．必需生活住房不宜用于借款抵押

人们生活要有必需的住房，必需住房是人们生存的必备条件。

然而，有些人急于用钱，出于无奈，向贷款人提供必需住房作抵押担保。对此，根据担保自愿原则，法律没有明文予以禁止，抵押合同亦为有效，但从实践来看，借款人提供必需生活住房用于借款抵押，当其不能履行还债义务时，很难处理这些房产清偿借款债务，既使不得不提起诉讼打了官司，人民法院也不得强制拍卖、变卖这些房产。《民事诉讼法》规定，人民法院强制执行被执行人财产时，必须保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。因生活必需住房不便强制拍卖、变卖，故不宜作为借款抵押物。

4. 共有房产用于借款抵押问题

共有房产涉及到家庭共有、夫妻共有和与他人共有问题，下面分析以这三种共有房产用于民间借款抵押担保问题。

（1）家庭共有房产抵押

家庭成员对家庭全部共有房产，在未分家析产前，平等地不分份额地享有所有权，因此，将家庭共有房产用于民间借款抵押担保的，在通常情况下，应当由所有共有人协商一致，否则，容易造成对其他共有人的侵权和抵押合同无效。但是，一个或者部分家庭共有人未取得其他共有人的同意将共有房产用于民间借款抵押的，不宜一律认定无效，而应视具体情况确认抵押合同的效力。

①一个或者部分家庭房产共有人将共有房产中自己应有的份额提供抵押，且其应得份额可以从共有房产中分离出来，并能处理其应得份额的房产用以清偿抵押借款的，房产抵押应当成立。

②若家庭共有房产不可分割，一个或者部分家庭共有人将全部家庭共有房产用于抵押，会造成对其他共有人的侵权；当抵押人承担抵押担保责任时就有可能影响其他家庭成员的生活和居住；同时也会使在实现抵押权时难以处理该抵押房产。故此，对这种房产抵押应以无效认定为宜。

③若一个家庭成员作为第三人将家庭全部共有房产作为抵押物为他人提供担保，因其侵害家庭其他共有人的合法权益，房产抵押合同无效。

④若房产抵押借款用于家庭生产、生活，或者符合表见代理条件，或者抵押行为事后得到其他家庭共有人追认的，共有房产抵押合同有效。

（2）夫妻共有房产抵押

在婚姻存续期间，夫妻双方对共有房产享有平等的不可分割的所有权，任何一方都无权违背对方的意志而擅自处理，但是，夫妻关系不同于一般的人与人之间的关系，其中一方将共有房产用于借款抵押，其效力也要视具体情况而定：

①一方将共有房产为自己借款抵押的，且借款用于家庭生活、生产的，或者事后他方知道未提出反对的，应当认定是夫妻间的表见代理，房产抵押合同有效；

②夫妻一方未取得他方同意，作为第三人为他人借款提供夫妻共有房产抵押担保，或者他方知道后反对的，房产抵押合同无效，但抵押人有过错，应当承担抵押无效后的相应民事责任；

③一方借款用于非法活动（如赌博），且隐瞒对方将夫妻共有房产作抵押的，房产抵押合同无效，但借款人要承担民事责任。

（3）抵押人将与他人共有的房产用于抵押

抵押人需要借款或者为别人借款提供与他人共有的房产作抵押，若未取得其他共同所有人的同意，就有可能对其他共同所有人造成侵害。但如果能将抵押人应有房产份额从中分割出来用以清偿抵押债务的，则可认定抵押有效。如果不可分割，就会侵害共有人利益，故房产抵押合同无效。抵押合同无效后，共有房产不再是担保物，但由此造成借款债权不能清偿的，原抵押人要承担民事责任。

5. 房产抵押的登记问题

在民间借款活动中，借款人或者第三人提供房产抵押，因房产有城市与农村之分，故是否需要登记的情况不同。

根据《担保法》第四十一条和第四十二条第（二）项的规定，以城市房产抵押的该房产应当进行登记，否则，房产抵押合同不发生法律效力。但是，《担保法》和其他有关法律、行政法规没有规定农村私有房产抵押应当登记，因此，农村私有房产属于《担保法》第四十三条规定的“其他财产”，可以登记，也可以不登记，只要房产抵押合同一经订立，就自签订之日起生效。

五、借款抵押物的登记

抵押物登记，是登记机关根据当事人的要求，将抵押物记载于登记簿册的行为。抵押物登记是一种公示方式。抵押物通过登记公示，为外界所知，能够防止超值抵押和抵押权纠纷，保障抵押债权安全。

1. 借款抵押物登记范围

根据《担保法》的有关规定，有些抵押物应当登记，有些抵押物可以登记也可以不登记，由当事人选择，但是，登记与不登记的法律效力不同。

根据《担保法》第四十一条和第四十二条规定，借款抵押合同当事人以下列财产抵押的，应当办理登记手续：

（1）无地上定着物的土地使用权；

（2）城市房地产或乡（镇）、村企业的厂房等建筑物；

（3）林木；

（4）航空器、船舶、车辆；

（5）企业的设备和其他财产；

以以上各类财产提供抵押的，属于应当登记范围。民间借款

抵押当事人签订抵押合同后，应当到有关部门办理登记手续。抵押合同自登记之日起生效，不登记则不生效。

《担保法》第四十三条规定："当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人……"。这条规定采纳了登记对抗主义。登记对抗主义主张，在抵押人和债权人之间订立抵押合同的，即使不登记，也发生法律效力。但不登记，其效力不及第三人，只有经过登记才能对抗第三人，不过只限于"其他财产"。例如，第三人声称自己对抵押物享有权利（除主张所有权外），若该抵押物已登记，那么，抵押权人就可以对抗该第三人，取得优先受偿权；若未登记就不得对抗第三人，就难以取得优先受偿权。

在民间借款活动中，贷款人为了确保借款安全和借款债权实现，不论法律是否要求登记，均以办理登记手续为妥，以创造条件对抗第三人，使自己能够处于有利于地位。

2. 借款抵押物的登记机关

根据《担保法》第四十二条和第四十三条的规定，登记机关分为两类，即行政机关和公证机关。

借款人或者第三人提供下列财产为民间借款提供抵押担保的，由行政机关登记：

（1）以无地上定着物的土地使用权抵押的，登记机关是核发土地使用权证书的土地管理部门；

（2）以城市房产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，登记机关是县级以上地方人民政府规定的部门，通常为房产管理部门；

（3）以林木抵押的，登记机关是县级以上林业主管部门；

（4）以航空器、船舶、车辆抵押的，登记机关是该运输工具

的登记部门；

（5）以企业的设备和其他动产抵押的，登记机关是财产所在地的工商行政管理部门。

民间借款抵押合同当事人以其他财产抵押，要求登记的，登记机关是抵押人所在地的公证部门。

借款抵押登记的程序和手续按照《担保法》第四十四条和其他法律、法规及规章的规定办理。如以企业动产作抵押的，按照国家工商行政管理局发布的《企业动产抵押登记管理办法》的规定办理登记手续；以土地使用权作抵押的，按照《土地登记细则》的规定进行登记。

六、借款抵押权的效力

民间借款抵押合同生效后，产生贷款人的抵押权。贷款人抵押权的法律效力有：

1. 优先受偿权

优先受偿权又称先取特权，是抵押权人的债权可先于其他权利人债权受偿的权利。优先受偿权是法律保护的特殊权利。由抵押担保产生的优先受偿权主要表现为三种情况：一是对同一财产先后设定数个抵押权，则按设定顺序受偿，设定在先的就抵押物价款享有优先受偿权；二是同一财产设定数个抵押权，其中有抵押登记的对无抵押登记的有优先受偿权；三是有抵押债权人对无抵押债权人享有优先受偿权。民间借款抵押中，先设抵押权对后设抵押权，有登记的对无登记，有抵押对无抵押，债权人就抵押物的价值享有优先受偿权的权利，是借款抵押权的最基本的内容，也是借款抵押权效力的主要体现。例如，甲借乙 10 万元，后又借丙 10 万元，两笔借款均到期，借款人甲将房产出卖得价款 15 万元。如果房产已经抵押给乙而未抵押给丙，或者乙的抵押权在先

而丙的抵押权在后，或者乙的抵押已登记而丙的抵押未登记，乙对丙均享有优先受偿权，乙的10万元债务清偿完毕后，剩余的5万元再清偿丙的债务。如果乙与丙均无抵押权，则按债权比例平均清偿，各自实现债权7.5万元。由此可见，借款债权有无设定抵押及设定抵押的情况不同，实现借款债权的情况也随之不同。

2. 物上追及权

抵押人将抵押物转让给他人，无偿赠与给他人，或者抵押人的继承人继承抵押物，借款抵押权不因此消灭，抵押权的效力始终及于抵押物，可以追及改变了所有权人的抵押物。例如，借款人将已抵押给贷款人的房屋出卖给他人而未清偿抵押债务，抵押权效力的存在可使该房屋买卖合同无效，借款抵押权人仍可主张依法处理该抵押房产，使自己的抵押债权受偿。由此造成善意买受人损失的，由抵押人承担赔偿责任。

3. 涤除权

涤除权是抵押人将抵押权洗掉除去的权利。《担保法》在赋予抵押权人物上追及权的同时,为了使抵押人解除对方的抵押权,使抵押物获得自由处分，也为抵押人设定涤除权。该法第四十九条第一款规定:“在抵押期间,抵押人转让已办理抵押登记的抵押物时，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效”。该条第三款规定“抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿”。

根据这条规定，抵押人在借款抵押期间需要转让已登记的抵押财产，事先要通知贷款人并经贷款人同意，且将转让所得的价款向贷款人提前清偿所担保的债权或者与贷款人约定的第三人提存，这是涤除借款抵押权必须具备的条件。当抵押人具备涤除权

条件时，贷款人应当涤除抵押权，而不得拒绝。但是，抵押人擅自转让抵押物，不将价款清偿抵押债务，或者明显低于抵押物市场价转让使价款不足清偿抵押债务的，借款抵押权人可以拒绝涤除抵押权。

4. 物上代位权

抵押财产因自然灾害或者意外事故而灭失，借款抵押权因无标的物而随之消灭，但抵押人因此取得物质补偿的，抵押权不能随之消灭，抵押权的效力可以及于它的代位物，如抵押房屋失火烧毁，抵押人因此而取得保险金的，保险金请求权就可以成为物上代位权。

在实践中，常见的抵押物上代位权的对象有：因抵押物灭失、毁坏而产生的保险金、赔偿金、补偿金以及另行提供担保的财产。

借款抵押物灭失，抵押权消灭，但贷款人的借款债权仍然存在，只是成为一般债权，此时，如又无物上代位对象，则贷款人的优先受偿权、物上代位权和抵押人的涤除权全部丧失。

七、抵押物孳息和从物的处理

借款抵押的效力主要及于本抵押物，但在一定条件下也及于抵押物的孳息、从物和附合物，因而，在实现抵押债权时，应当依法处理好孳息、从物和附合物。

1. 抵押物孳息的处理

借款抵押物如有天然孳息和法定孳息的，在通常情况下为抵押人收益，但出现《担保法》第四十七条规定的情形，可以由抵押权人收取。该条规定："债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义

务人的，抵押权的效力不及于该孳息。”

根据这条规定，民间借款抵押权人收取抵押物孳息要具备下列两个条件：一是必须以人民法院依法已经扣押抵押物为前提条件，抵押物未被人民法院扣押，抵押权人不得主张收取孳息；二是抵押权人将抵押物已被扣押的事实通知应当清偿法定孳息的义务人，该义务人接到通知后，应当向抵押权人支付孳息。如果抵押权人未将扣押抵押物的事实通知该义务人，抵押权的效力就不及该孳息。例如，抵押物是抵押人所有的而租给他人运营的一辆货车，借款债务到期后，借款人不履行还债义务，贷款人诉至人民法院，人民法院依法扣押该辆货车，但考虑承租人运营的需要，在落实保全措施后仍让承租人运营。在这种情况下，贷款人将扣押抵押物的事实通知承租人并告知向其交纳租金，那么，该承租人就是“应当清偿法定孳息的义务人”，负有向贷款人交付租金的义务，贷款人就有权收取扣押之日起的租金。

但是，贷款人收取孳息后不得无偿占有，而应当依次充抵收取孳息的费用、借款利息和借款债权。

2. 抵押物从物的处理

从物是必须合并使用的两个单独存在的物中起辅助作用的物。在抵押担保中，抵押权的效力通常及于从物，但在处理时应当视具体情况而定。

①借款抵押合同已经明确抵押物的从物随同抵押的，在处理抵押物时，应当将从物列为抵押标的物，与主物同时处理。

②未将从物用于抵押，在处理抵押物时，如果主物与从物仍不可分离的，应当同时处理从物；如主物与从物已可分离，且主物处理后的价款足以清偿债务的，可以不处理从物。

③如果主物与从物为两个以上的人分别所有时，作为抵押物的主物应当列为抵押权处分的标的物，而从物不能列为抵押权处

分的标的物。

④在主物与从物为不同人所有的情况下，如果主物与从物在处分时仍不可分离的，可以将主物和从物一并处理，但抵押权人对从物的价款无优先受偿权。

3. 抵押物成为添附物的处理

添附物，是指不同所有人的财产、劳动产品合并在一起形成一种不能分离的财产。抵押物通过混合、附合或加工后成为添附物，因添附物是不同所有人合并的财产，故要视添附物归谁所有，并根据物上代位权和追及权的理论，分别不同情况处理抵押权。

（1）抵押人取得添附物所有权的，属于抵押权效力范围，但因添附所增值的部分，抵押权人无优先受偿权。

（2）添附物所有权为第三人取得，抵押物原所有人可以向第三人要求返还其抵押物的价值，因而，抵押权的效力及于返还的补偿金上。

（3）抵押人与其他人成为添附物的共有人时，抵押权的效力及于抵押人对共有添附物的应有部分上。

此外，抵押权的效力还及于抵押物的从权利。从权利是主权利的对称。依附于主权利的从权利，在主权利转移时，随着主权利的转移而转移。因此，抵押物的从权利通常随着抵押物的转移而转移。

八、民间借款抵押权的实现

抵押权的实现，依赖于抵押人承担抵押担保责任。民间借款的借款人到期不履行还债义务，抵押人就应开始承担抵押担保责任，贷款人就有权向抵押人主张实现抵押债权。那么，贷款人如何实现抵押债权？

1. 双方当事人协议处理抵押物

协议处理，是抵押人与抵押权人在平等、自愿的基础上，通过协商，达成一致意见处理抵押物，以价款清偿抵押担保的债务。协议处理抵押物有以下三种方式：

协议折价。折价处理，就是把抵押物折合成钱，使抵押权人受偿。经双方当事人协议折价后，可以由抵押权人或抵押人出卖、转让给他人，获得价款，使抵押权人受偿。若无法出卖、转让的，抵押权人可以以物抵债方式接受抵押物，从而使借款债权受偿。

协议拍卖。拍卖是以公开竞争的方式把抵押物卖给出价最高者的一种出卖方式。拍卖分自愿拍卖和强制拍卖两种。协议拍卖抵押物属于自愿拍卖。自愿拍卖可以委托拍卖机构进行。抵押物拍卖后，所得价款用于清偿抵押借款债务。

协议变卖。变卖是将抵押物交给有关单位出卖。变卖也分自愿变卖和强制变卖两种。协议变卖抵押物是自愿变卖。变卖所得价款用于清偿抵押借款债务。

除折价、拍卖、变卖外，双方当事人协议采取其他合法方式处理抵押物来清偿抵押借款债务也应当允许。

2. 人民法院强制执行抵押物

借款人到期不履行还债义务，抵押人也不主动承担担保责任，贷款人可以向人民法院提起诉讼，人民法院作出裁判后，借款人和抵押人仍不履行义务，应当强制执行抵押物，依法采取拍卖、变卖、以物抵债等措施，从而使贷款人的债权得以实现。

九、民间借款抵押权的消灭

民间借款抵押权，既然能够产生，也就能够消灭，其消灭的原因主要有以下几种：

借款人清偿全部债务。当事人设定抵押的目的是保障实现借款债权，当借款人到期按时清偿全部债务，或者抵押物未被处理

前清偿全部债务，贷款人的债权已经实现，故为之抵押担保的法律关系终结，贷款人的抵押权随之消灭。

抵押债权已经实现。抵押债权实现是抵押权人从抵押人处或抵押物上使借款债权得以受偿。借款人未能清偿借款债务，抵押物被依法处理，所得价款清偿抵押债务，借款抵押债权得以实现的，借款抵押法律关系终结，借款抵押权随之消灭。

抵押物已经处理完毕。借款抵押物已经依法处理完毕，价款已经清偿抵押债务，不管借款债权全部实现还是部分实现，借款抵押权都告消灭。

抵押物灭失。抵押物作为借款抵押标的物，一旦灭失，抵押权人也就无法通过处理抵押物实现债权，因而抵押权也就宣告消灭。但是，抵押物灭失是抵押人过错造成的，抵押人仍对抵押权人承担民事责任。

另行提供担保。在借款抵押期间，抵押人因生产、生活需要处分抵押物，或者其他原因需要涤除抵押权，经抵押权人同意，以其他财产或其他方式另行提供担保的，在新的担保关系成立的同时，原抵押关系终结，原抵押权随之消灭。

借款抵押合同无效。借款抵押合同被依法确认无效后，抵押权丧失，抵押权人不得主张处理抵押物实现债权。因抵押人过错造成抵押合同无效的，抵押人另行承担民事责任。

第三节　民间借款担保方式之三——质押

贷款人要求提供担保，借款人或者第三人可以以自己的财产或者财产权利交付给贷款人占有，双方当事人成立质押法律关系，构成民间借款的质押担保。

一、民间借款质押的基本含义

民间借款质押，是指借款人或者第三人将质物交付贷款人占有，以该质物为借款债权作保，如果借款人不履行还债义务，贷款人有权从质物价款中优先受偿的一种担保方式。

在民间借款质押法律关系中，担保人是出质人，担保权人是质权人（即贷款人），而出质人又有两种人，即提供质物担保的借款人或者第三人。质押的客体是质物，质物是依法可以质押的动产和依法可以质押的具有财产内容的权利。质押的内容是，出质人交付质物的义务和贷款人占有质物的权利；贷款人履行提供质押借款的义务和借款人取得质押借款的权利。

质押的主要特点是“占有”，即作为借款质权人占有质物。占有，是对物的实际控制和掌握，是财产所有权的一个权能和内容。财产通常由其所有人占有，但所有权人有权处分占有权，可与第三人协议，将自己的财产交付给他人占有。因此，出质人为借款提供担保，完全可以将财产交付贷款人占有。但是，占有权转移并不改变所有权。贷款人占有质物后，形成出质人对质物享有所有权与贷款人对质物实际占有权的分离状态。出质人仍拥有所有权，但不实际控制质物，成为不完整的所有权；贷款人取得质物占有权，直接控制质物，但没有所有权。因为占有权有控制功能，限制所有权人作事实上的处分，故可为担保所利用。质押正是看准这一点而要求出质人必须将质物交付质权人占有。

贷款人占有质物，依赖于出质人的交付，出质人交付质物为贷款人占有（包括登记），质押法律关系产生，贷款人的质权成立；出质人不交付质物，贷款人未能占有质物（包括未能实际控制），质押法律关系不能成立。在民间借款活动中，有的贷款人为了借款债权安全，要求借款人交付财产作质押，但又担心质物难以保

管，将该财产放在借款人处，实际上不占有财产，则质押法律关系不能成立。也有的占有质物后，又在质押期间将质物返还给出质人，丧失对质物的占有，在这情况下，虽可认定质押法律关系成立，但贷款人的质权不得对抗善意的第三人。

二、借款质押与抵押的区别

质押原包含在《民法通则》规定的抵押方式之中，《担保法》将质押从抵押中分离出来，使之独立成为一种担保方式。因两者原属同一担保方式，故有许多共同之处，如都属于物权担保和从属性权利，又如都有优先受偿权、物上代位权和涤除权等。但是，两者毕竟是两种不同的担保方式，有着许多不同之处。两者的主要区别有以下几个方面：

1. 担保物是否由贷款人占有不同

出质人将质物交付贷款人占有作为借款质押的主要特点是区别抵押而言的。借款质押法律关系是以贷款人实际控制和掌握质物为成立要件。然而，质物和抵押物虽都为担保物，但抵押物的占有权并不发生转移，仍为抵押人占有，抵押物的所有人权和占有权仍未分离，均为抵押权人享有。

2. 担保物种类不同

抵押物是动产和不动产，而质物是动产和财产权利。动产既可抵押又可质押，而《担保法》不承认不动产质押，也不承认财产权利抵押。

3. 担保合同生效的时间条件不同

质押合同和抵押合同都是担保合同，但生效的时间条件不同：质押合同自质物交付质权人占有时生效，或者自登记之日起生效；抵押物应当登记的，抵押合同自登记之日起生效，抵押物不需要登记的，自抵押合同签订之日起生效。

4. 能否重复担保不同

某一财产的价值能够满足两个以上债权要求的，抵押人可以同时或者先后就同一财产向两个或者两个以上的债权人提供抵押担保，形成两个抵押权，即重复抵押。质押以质物交付质权人占有为生效要件，当某一财产作为质物交付质权人占有后，出质人不可能就同一财产再交付另一个债权人占有，因而无条件重复质押。

三、借款质押合同

在民间借款活动中，借款人或者第三人与贷款人形成的质押担保法律关系，实际上是质押合同关系。借款质押合同不同于其他合同，下面就借款质押合同的有关问题作些介绍：

1. 借款质押合同的内容

借款质押合同的内容大致分为两大部分：前一部分是民间借款合同的主要内容，即被担保借款债权债务的内容；后一部分是借款质押担保的自身内容。根据《担保法》第六十五条规定，借款质押合同具体内容有：

（1）被担保的借款债权的种类、数额；

（2）借款人履行债务的期限；

（3）质物的名称、数量、质量和状况等；

（4）质押担保的范围；

（5）质物移交的时间；

（6）当事人认为需要约定的其他事项。

借款质押合同不完全具备上述规定内容的，在质押期间，双方当事人协商一致后，可以补正。

2. 借款质押合同的生效

根据《担保法》有关规定，因质物种类不同，民间借款质押

合同的生效可分为三种情况：

实物交付生效。借款人或第三人以动产等实物提供质押，借款质押合同依法成立后，以出质人将该作为质物的实物交付给贷款人实际占有为生效要件。未将质物交付贷款人占有则不生效。

权利凭证交付生效。出质人提供财产权利质押的，该财产权利有财产凭证且可移交的，如汇票、支票、债券、存款单、仓单、提单等，必须交付财产权利凭证，借款质押合同才能生效，否则，即使借款质押合同已经成立也不能生效。

权利登记生效。财产权利没有凭证，或者虽有凭证但依法不能转交为他人占有的，以登记为合同生效要件。权利登记生效所涉及的财产权利有：①以可转让股票出质的，借款质押合同自向证券登记机构办理出质登记之日起生效；②以有限公司股份出质的，借款质押合同自股份出质记载于股份名册之日起生效；③以可转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权利出质的，借款质押合同自向有关管理部门办理出质登记之日起生效，但出质人应当向质权人交付知识产权权利证书。

3. 实践中遇到问题的处理

质押方式常为民间借款担保所适用，然而大多数质押合同及履行行为不够规范，在实践中出现不少问题，需要依据担保立法精神予以处理。

（1）口头质押合同是否有效问题

借款人或者第三人与贷款人以口头形式订立质押合同，是民间借款中最为常见的现象，那么，这种形式的质押合同是否成立有效呢？《担保法》第六十四条第一款规定：“出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同”。据此规定，口头形式的借款质押合同是不能成立的。但是，从合同形式自由原则和民间借款质押实践来看，我们认为，口头质押合同能够被证明，且质物已经实际

交付贷款人占有的，应当认定质押合同成立有效。例如，农民之间借款以耕牛为质物，没有签订书面质押合同，但借款人已将耕牛交付贷款人占有，贷款人接受耕牛并提供了借款。此例中，双方当事人虽限于文化水平没有订立书面质押合同，但质押意思表示真实合法，质押法律关系因质物已为贷款人占有而已成立，故应认定为有效质押合同。但是，有些动产和财产权利必须凭书面质押合同办理登记手续才能生效的，那么，采用口头合同就无法办理登记手续，办不了登记手续，质押则不能生效。

（2）逾期交付质物问题

出质人与贷款人订立质押合同后，出质人有主观上或者客观上的原因，超逾合同约定期限向贷款人移交质物，在这种情况下质押合同是否有效？笔者认为，应当视贷款人是否接受质物而定：贷款人接受质物予以占有的，视为贷款人同意变更质物移交期限，但质押合同应当自贷款人实际接受质物时生效；如果贷款人不接受占有的，质押合同不生效。如果贷款人在质押合同订立时已经占有质物的，质押合同自订立时生效。

出质人与贷款人订立质押合同后，出质人未按质押合同约定的时间将质物移交贷款人占有，造成贷款人损失的，因该质押合同已成立但未生效，故应当按照合同缔约责任处理，由出质人承担赔偿责任。

（3）关于绝质问题

《担保法》第六十六条规定："出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。"这是一条禁止绝质的规定。

借款质物虽由贷款人占有、控制，但所有权仍是出质人的，因而，贷款人和出质人在借款质押合同中不得订立绝质条款，即不得约定在借款债务履行期届满借款债权未受偿时质物的所有权转

移为贷款人所有，其理由与绝押相同。但该内容无效不影响质押合同其他内容的效力，其他内容仍然有效。

如上例农民之间借款以耕牛质押，双方当事人不得约定借款人到期未能履行还款义务耕牛就归贷款人所有，但是，此种质押权就绝押条款无效，不影响其他质押合同内容的效力，该头耕牛仍为质物，届时，贷款人仍可依法处理耕牛换取价款使债权受偿。

四、借款的动产质押

质物分为动产和权利两大类。出质人依照《担保法》第四章第一节的规定提供动产为民间借款担保的，是动产质押。民间借款的质押主要是动产质押。

1. 动产质物的特点

动产质物的特点是该类质物能够移动。动产本身就是能够移动的物，移动性是动产的基本属性。抵押物可以是动产，也可以是不动产，但质物必须是能够移动的物，而且该物移动位置后，不会改变其功能，也不会明显损害其经济价值。当某物移动后，明显减弱其功能或者明显损失其经济价值的，该物没有必要或者不可能作为质物。

质物具有移动性，才能实现交付贷款人占有。借款人或第三人只有将质物交付给贷款人占有，借款动产质押法律关系才能有效成立。

2. 质物所排除的动产

动产可以作为质物，但不是所有动产都可以用于质押。动产作为质物应当具备特定性、可移性、合法性等特征，才能适应质押担保的要求，下面的几类动产不能作为质物：

（1）种类物。种类物是指在民事流转中具有共同特征，可以用同品种、同质量的物代替的物。种类物在同种类内具有共同性

和代替性的特征，而质物则相反，它必须具有特定性和不可代替性，所以，种类物不能作为质物。但种类物经出质人和贷款人选定后，就能成为特定物，可以用于借款质押。

（2）不能转移物。财物转移会使该物性质、形态发生变化并明显减少经济价值的，不能用于借款质押。不能转移实际上排除不动产作为质物。

（3）不可分物。不可分物是指分割后会损害其经济用途、减少其经济价值的物。借款人或者第三人以不可分物中的部分物提供质押，一方面会造成其不合理的损失，另一方面会造成贷款人实现质权的困难。因而，当事人不能以不可分物中的部分物作为质押。质物必须是有独立的交换价值并能够转移的财产。

此外，法律禁止流通物，不能强制执行物，不能依法转让的财产，以及客观上不能实现质权的动产，也不得或者不宜用于民间借款质押担保。

五、借款的权利质押

借款的权利质押，是借款人或者第三人将其具有财产内容的权利交付贷款人占有或进行登记，并将该权利作为借款债权的担保。权利质押是以该权利中的财产为质物的一种质押。

1. 权利作为质物所要构成的条件

借款人或者第三人为借款担保提供权利质押，所提供的权利必须符合法律规定和质押特性。适格的权利作为质物应当具备以下三个条件：

（1）具有财产内容

权利的种类和内容很多，其中只有具有财产内容的权利才有资格作为借款质押标的物。借款质押的目的是保证借款债权的清偿，借款债权是一种财产权利，保证这种财产权利实现的质押权

利也必须具有相应的财产内容。权利不具有财产内容，如政治权利、人身权利、姓名权利、自由权利等，是不能作为借款质物的。

（2）可为贷款人控制

动产具有可转移性，出质人交付动产，贷款人占有动产即可控制质物。财产权利质押的情况不同，贷款人不可能直接占有权利中的财产，而是通过控制财产权利而保障自己的债权。那么，贷款人如何控制财产权利呢？一是出质人将财产权利凭证交付给贷款人保管，使之不得擅自处分财产权利；二是财产权利若无凭证交付，就必须到有关机关办理登记手续，通过登记，质权人控制了出质人对该财产权利的再处分。贷款人持有财产权利凭证，或者财产权利已经登记，可视为“占有”，否则，财产权利质押不能生效。

（3）通过市场交易能够实现价值

某项财产权利作为借款质物后，当借款人到期没有履行还债义务时，贷款人或者人民法院必须通过市场交易途径或者其他途径，如采取转让、兑现、许可使用等方法，处理该权利来换取价值实现质权。故可以通过市场换取价值的财产权利可以作为借款质物，不能通过市场交易的权利则不可能作为借款质物。

2．财产权利质押的范围

具有财产内容的权利很多，如所有权、使用权、管理权、专利权、著作权、继承权、承包权等等，都包含着财产内容，但是，我国权利质押范围实行法定主义。《担保法》第五十七条就权利质押范围作了如下限定：

①汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；

②依法可以转让的股份、股票；

③依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权；

④依法可以质押的其他权利。

以上述财产权利质押，有关权利凭证交付、质押权利登记等问题，依照《担保法》第四章第二节的规定办理。

六、借款质权的实现

借款人或者第三人提供财产质押，贷款人取得质权，但当借款人清偿全部债务后，贷款人质权则消灭，贷款人应当向出质人返还质物。借款人到期没有清偿全部债务，债务人可以行使质权，依法处理质物实现质权。贷款人实现质权有以下几种情况：

1. 第三人作为出质人以金钱代偿

出质人有借款人与第三人两种情况。当借款人即出质人时，借款人以金钱清偿借款债务，贷款人不得处理质物，而要返还质物，此时，贷款人实现的是借款债权，而不是借款质权；当第三人作为出质人时，第三人以金钱代替质物清偿质押债务，贷款人实现的是质押债权。第三人作为出质人以金钱清偿质押债务有两种情况：一是借款合同到期后，借款人未能清偿借款债务，出质人开始承担担保责任，此时，出质人为了取回质物，以金钱清偿质押债务，使贷款人质权受偿；二是借款合同期限未满，出质人因各种原因，要求以金钱提前清偿质押债务，贷款人接受的，质权涤除。

2. 协议处理质物受偿

借款合同期限届满，借款质权人的债权未受清偿，可以与出质人协议折价处理质物，以价款清偿质押债务。

3. 通过诉讼程序受偿

借款质权人与出质人协商不成，可以向人民法院提起诉讼，经人民法院审理后，再向人民法院申请执行质物，从而实现质押债权。

4. 采取兑现、提货措施

除折价、拍卖、变卖外，贷款人就财产权利质权还可以采取其他措施获取价值受偿。以存款单、票据等质押的，可以采取兑现办法实现债权。以仓单、提单等质押的，可以采取提取货物方法取得财产，然后依法处理该财产受偿。质物处理所得价款超过质押债权数额的，超出部分应当归还出质人；不足清偿质押债权的，质押关系终结，不足部分由借款人继续承担还贷义务。



第十二章　民间借款合同的公证

公证是一种预防性的法律制度。办理民间借款合同公证，对保护合法的民间借款活动，制止民间借款中的违法行为，预防纠纷发生，强制实现贷款人的债权都有重要的法律意义。

第一节　申办民间借款合同公证

一、民间借款属公证业务范围

国务院《中华人民共和国公证暂行条例》(以下简称《公证暂行条例》)第二条规定："公证是国家公证机关根据当事人的申请，依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性，以保护公共财产，保护公民身份上、财产上的权利和合法权益。"据此规定，公证对象有四大类：一是法律行为，二是法律事件，三是有法律意义的文书，四是有法律意义的事实。民间借款属于法律行为范畴，故可为公证对象。与此相适应，《公证暂行条例》第四条在规定公证业务范围时首先将合同列入，故民间借款合同也属公证业务范围。为了进一步明确民间借款合同属于公证范围，加

强民间借款合同公证工作，司法部于 1992 年 8 月 12 日发布了《关于办理民间借贷合同公证的意见》，该意见指出：公证机关可以根据国家有关法律、政策和当事人的要求，办理民间借贷合同公证。

二、经公证的民间借款合同具有特殊证据效力

在实践中，我们经常看到，贷款人与借款人为有无发生借款、是否已返还借款、借款本金数额多少、利率高低等发生纠纷。为什么会发生这些纠纷呢？原因是复杂多样的，其中，借款合同不规范和借款证据不足是一大问题。预防这些纠纷发生，办理公证是一条很有作用的途径。

民间借款当事人申办公证，公证处对民间借款合同进行真实性和合法性审查后，出具民间借款合同公证书，该公证书所公证的民间借款合同就具有法律意义上的证据效力，且是一种可靠的证据，具有特殊的证明力。《民事诉讼法》第六十七条规定："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。"这条规定赋予公证文书在法律上的特殊证据效力。

根据司法部《关于办理民间借款合同公证的意见》第二条规定，当事人申办民间借款合同公证，公证机关应当帮助当事人完善合同条款，明确双方的权利义务及违约罚则，使民间借款合同真实合法，手续完备，证据齐全。经过公证机关帮助完善并予以公证的民间借款合同，具有真实性、规范性和合法性，当事人之间不易发生纠纷，也难以赖帐，即使提起诉讼，也有公证为据，不致败诉。

三、民间借款合同公证的申办

民间借款合同公证，是公证机关根据贷款人和借款人的申请，依法证明其借款合同真实、合法的活动。民间借款合同公证的申请人是贷款人和借款人，办证机关是公证处。

民间借款合同公证是依申请行为，无论当事人在合同中有无约定公证，只要需要公证，必须提出申请。当事人申请公证，应当向借款人住所地公证处提出，填好公证申请表，提供双方的民事主体资格证明、身份证明、借款合同（包括借据）等材料。

公证处受理后，对当事人提供的申请书和材料进行审查，审查双方当事人从事借款活动的资格、借款合同的内容、意思表示是否真实等情况。审查中发现民间借款内容或者行为违法的，应当拒绝公证。审查中发现民间借款合同不完善、不规范的，公证机关可以帮助当事人修订和完善，使借款权利和借款义务明确和合法。但是，公证机关帮助当事人完善借款合同，应当尊重当事人意愿，不得将自己的意志强加于当事人。如双方当事人在合同中约定无息借款，公证机关不得要求有息借款；又如贷款人不要求借款人提供担保的，公证机关不得要求借款人提供担保，更不得因无担保而拒绝公证。司法部《关于办理民间借贷合同公证的意见》第三条规定："公证处办理民间借贷合同公证，一般应要求借款人提供担保，……"。此条规定有违《民法通则》、《合同法》和《担保法》规定的自愿原则。民间借款合同是否需要担保，由贷款人和借款人自愿约定，任何单位和个人均无权干涉，公证处在办理公证时也不例外。

公证员经审查，认为民间借款合同当事人申办公证手续齐备，符合条件的，应当予以公证，出具公证书，并送达双方当事人。公证员经审查认为，申请公证的事项不真实、不合法，或者其他条

件不符合规定的，应当拒绝公证。如贷款人或者借款人不具有相应的民事行为能力、意思表示不真实、借款合同内容不符合法律规定或者社会公共利益等，公证机关均可拒绝公证。

四、办理公证应注意的两个问题

一是口头借款合同不能办理公证。民间借款合同有两种主要形式，即书面和口头。可以申办公证的民间借款合同只能是书面合同，口头合同不能申办公证。司法部《办理公证程序试行细则》第十四条规定："当事人申请公证应提交能够证明身份的证件和申请事项有关的文件、材料"。民间借款书面合同是"申请事项有关的文件"，且是必备文件，如是口头合同则无申请事项文件，公证处无处着手公证。

二是公证书仅证明诺成借款合同真实、合法，并不证明贷款人履行提供借款义务；实践借款合同必须核实贷款人已经提供借款的事实方可办理公证。诺成民间借款合同因不以贷款人向借款人实际提供借款为生效要件，因而，合同成立生效至贷款人提供借款前，双方当事人申办公证，公证证明效力仅及于该借款合同的真实和合法，而不及于证明贷款人实际提供借款问题，关于贷款人应当向借款人履行提供借款义务问题，是该合同自身效力问题。实践借款合同因以贷款人向借款人实际提供借款为生效要件，当双方当事人申办公证，公证处出具公证书后，就被认为贷款人实际上向借款人提供了借款，也就是说，该合同公证证明效力不仅及于该合同的真实、合法，且及于贷款人已经提供借款的证明效力。因此，公证员在办理实践借款合同时，必须查问清楚贷款人是否实际上提供了借款，如果贷款人实际上未提供借款的，应作诺成借款合同公证，以保证公证的真实性。

第二节 赋予民间借款合同公证强制执行效力

我国公证机关的公证文书，一般只有证据效力和法律要件效力，但公证机关赋予强制执行效力的公证债权文书，却具有强制执行效力。民间借款合同公证文书属于赋予强制执行效力范围。民间借款合同双方当事人发生债权债务关系，凭借款合同向公证机关申请公证，公证机关出具公证书后，借款人在期限内不履行还款义务，贷款人可以申请公证机关赋予强制执行效力，并可凭此公证文书向人民法院申请强制执行。

一、赋予强制执行效力的依据

公证机关赋予公证债权文书强制执行效力，包括赋予民间借款合同公证强制执行效力，有以下三种依据：

1. 行政法规上的权源依据

国务院 1982 年 4 月 13 日发布的《公证暂行条例》第四条第（十）项规定："对于追偿债款、物品的文书，认为无疑义的，在该文书上证明有强制执行的效力。"国务院的条例是行政法规，可见，公证机关赋予公证债权文书强制执行效力的权源来自行政法规。其中，"债款"包括民间借款，因而，公证机关赋予民间借款合同公证强制执行效力是有依据的。

2. 强制执行的法律依据

《民事诉讼法》第二百一十八条第一款规定："对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。"这条规定承认了公证机关赋予债权文书强制执行效力，

是人民法院执行这类生效法律文书的依据。

3. 具体操作的司法解释性文件

2000 年 9 月最高人民法院、司法部发布的《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》（以下称《通知》）。

二、赋予强制执行效力的条件

公证机关赋予民间借款合同公证强制执行效力，应当具备以下几个条件：

1. 必须以给付货币或者有价证券为标的

根据《公证暂行条例》第四条第（十）项及《通知》第一条的规定，赋予强制执行效力的文书是追偿物品和债款的文书，这对民间借款来说是不成问题的，因为民间借款合同的标的本身就是金钱或者有价证券。

2. 借款债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义

在一方为给付，另一方享受给付的单务债权文书中，债权债务关系是比较清楚的，而在双方互为给付，又互为享受对方给付的双方债权文书中，债权债务关系往往难以确定。对后一种情况，不能出具强制执行公证。民间借款属于单务债权，若借款债权债务关系清楚的，公证机关可以赋予强制执行效力；若借款债权债务不清，或一方当事人有疑义的，因不符合《公证暂行条例》第四条第（十）项及《通知》第一条的规定，而不得赋予强制执行效力。

3. 债权文书中载明债务人不履行义务或不完全履行义务时，债务人愿意接受依法强制执行的承诺

为保护债务人的诉讼权利，公证机关在办理强制执行公证前，

必须首先得到债务人愿意接受强制执行的承诺，否则，就说明债务人对债权债务关系可能有疑义而未放弃诉权，在这种情况下，应当允许他通过诉讼程序解决争议，而不宜对他的财产直接进行强制执行。民间借款合同公证只有获得借款人愿意接受强制执行的承诺后，公证处方可办理强制执行公证。借款人的执行承诺应当清楚、明确；在办理民间借款合同公证时要记载在公证文书上；强制执行的范围要以借款人的承诺为限，借款人未作执行承诺的部分，不得办理强制执行公证。

三、强制执行效力的赋予

公证机关在办理符合赋予强制执行的条件和范围的合同、协议、借据、欠单等债权文书公证时，应当依法赋予该债权文书具有强制执行效力。

未经公证的符合本通知第二条规定的合同、协议、借据、欠单等债权文书，在履行过程中，债权人申请公证机关赋予强制执行效力的，公证机关必须征求债务人的意见；如债务人同意公证并愿意接受强制执行的，公证机关可以依法赋予该债权文书强制执行效力。

四、执行证书的申请、签发和执行

债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。

公证机关签发执行证书应当注意审查以下内容：

1. 不履行或不完全履行的事实确实发生；

2. 债权人履行合同义务的事实和证据，债务人依照债权文书已经部分履行的事实；

3. 债务人对债权文书规定的履行义务有无疑义。

公证机关签发执行证书应当注明被执行人、执行标的和申请执行的期限。债务人已经履行的部分，在执行证书中予以扣除。因债务人不履行或不完全履行而发生的违约金、利息、滞纳金等，可以列入执行标的。

债权人凭原公证书及执行证书可以向有管辖权的人民法院申请执行。

人民法院接到申请执行书，应当依法按规定程序办理。必要时，可以向公证机关调阅公证卷宗，公证机关应当提供。案件执行完毕后，由人民法院在十五日内将公证卷宗附结案通知退回公证机关。



第十三章　民间借款之债的诉讼

借款人到期没有履行还款义务，贷款人到期未能实现债权，贷款人可以依法通过诉讼途径确认和实现债权。在通常情况下，贷款人为实现债权，都以借款人为被告向人民法院提起民间借款合同纠纷诉讼，但民间借款已经设定担保，或者借款人与第三人作出某些损害贷款人利益的行为，可依照《合同法》的有关规定，以其他方式向第三人提起诉讼，保全或者实现自己的债权。民间借款诉讼在手呈上涉及到方方面面的法律规范，难以也无必要作全面阐述，本章根据民间借款诉讼的特点，分析和讨论若干问题。

第一节　适用普通程序的若干问题

我们这里阐述的普通诉讼，是贷款人单诉借款人并按一般程序审理的民间借款合同纠纷诉讼。借款人在民间借款合同到期后没有履行还债义务，贷款人将借款人诉至人民法院，便产生民间借款合同纠纷诉讼（现法院定案由为“借贷纠纷”）。人民法院受理此类案件后，适用一般的诉讼程序进行审理。这里仅阐述民间借款诉讼中突出的几个问题。

一、贷款人的起诉

贷款人认为借款人到期没有返还借款，或者因借款与之发生纠纷，请求人民法院通过审判程序给予法律保护的，是贷款人的起诉。贷款人起诉，是确认和实现借款债权的请求行为，也是一种民事诉讼法律行为。

根据《民事诉讼法》第一百零八条规定，贷款人以借款人为被告提起民间借款合同纠纷诉讼，应当同时具备以下几个条件：

1. 原告是与本案有直接利害关系的贷款人

在诺成民间借款合同中，贷款人不按约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失，而贷款人不予赔偿损失，那么，借款人可以向人民法院提起民间借款合同纠纷诉讼，请求人民法院判令贷款人赔偿其损失。除此种情况下借款人可成为原告外，民间借款合同纠纷诉讼案件中的原告均为贷款人。贷款人向借款人提供借款后，借款人到期不履行还债义务，或者借款人未按诺成借款合同约定的日期、数额收取借款，在这两种情况下，权利人是贷款人，义务人是借款人，因而，贷款人与借款人就本案而言有着直接利害关系，贷款人就有提起诉讼的原告资格。如果以民间借款合同纠纷为由提起诉讼的原告，在本案事实上与被告没有直接利害关系，则是不适格的原告。例如，甲和乙系兄弟俩，乙将钱借给丙，丙到期未还，乙外出打工未归，又未委托甲提起诉讼，而甲认为自己是乙的兄长，是一家人，丙欠乙的钱就等于欠自己的钱一样，就以自己的名义向人民法院提起诉讼，请求丙向自己履行还债义务。因为此案中的甲与丙就本笔借款而言没有法律上的直接利害关系，所以甲是不适格的原告，人民法院应当驳回其起诉。

2. 有明确的借款人为被告

如上所述，除个别情况外，单纯的民间借款合同纠纷案件的原告都是贷款人，那么，被告除个别情况外也就都是借款人。贷款人提起民间借款合同纠纷诉讼，还必须有明确的借款人为被告，如无明确的被告，或者将非民间借款合同的对方当事人作为被告，民间借款诉讼法律关系因缺少另一方主体而无法成立，人民法院也就无法审理。

3. 有具体的还本付息的诉讼请求和事实、理由

民法上的具体的诉讼请求，是指原告要求人民法院予以确认或者保护的民事权益的内容和范围。对民间借款合同纠纷案件来说，贷款人诉讼请求主要是请求人民法院确认民间借款合同成立有效，判令借款人返还借款本金、支付利息等。贷款人的诉讼请求是其起诉的目的。如果贷款人起诉时没有提出具体的诉讼请求，漫无目的地打官司，人民法院就无从开始审判。

具体的事实，是指原、被告之间法律关系发生、变更、消灭的事实，以及原、被告发生争议的事实，还包括证明案件事实存在的证据事实。对民间借款的贷款人起诉而言，具体事实主要是贷款人与借款人发生借款关系、订立借款合同、变更借款合同的事实，借款人到期未返还本金、支付利息的事实。总之，贷款人在起诉时要提供书面借据证明借款事实，如无书面借据的，要提供必要的事实根据，人民法院才能受理。否则，人民法院裁定不予受理。

具体的理由，是指原告为什么要向人民法院提出诉讼请求的具体依据和道理。贷款人提出具体诉讼请求的理由主要是借款人到期没有返还借款、支付利息。当然，贷款人的具体诉讼请求不同，理由也随之不同，如诺成借款合同中，借款人未按照约定收取借款，贷款人请求支付利息的，其理由就是借款人未按照约定的日期、数额收取借款。

这里有一个问题在审判实践中要引起注意，即起诉证据问题。最高院《审理借贷意见》第四条规定："人民法院审查借贷案件的起诉时，根据民事诉讼法第一百零八条的规定，应要求原告提供书面借据；无书面借据的，应提供必要的事实根据。对于不具备上述条件的起诉，裁定不予受理。"根据这条规定，贷款人起诉必须有起诉证据。起诉证据是贷款人作为原告向人民法院提起诉讼时，要向人民法院提供证明诉讼请求和案件事实的证据，包括书面借据、借款合同书，或者事实根据。事实根据是民间借款发生、变更、存在情况的根据，如他人证明借款的发生和存在，贷款人向借款人催讨时借款人认帐等。

此外，在审判实践中要将起诉证据与胜诉证据区别开来。贷款人在起诉时只要在形式上提供一定证据材料和事实根据就可以，法官不能在贷款人起诉时就要求其提供胜诉证据。贷款人提供的证据能否使他胜诉，只有经过审理才得以知晓。所以，法官在贷款人起诉时以贷款人没有提供胜诉证据而裁定驳回他的起诉是错误的。

4. 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖

正常的民间借款合同纠纷案件属于人民法院受理民事诉讼范围无疑。这里着重讨论民间借款合同纠纷案件的管辖问题。

民间借款合同纠纷案件在通常情况下适用普通地域管辖。原告就被告是普通地域管辖的一般原则。因单诉借款人的民间借款合同纠纷诉讼是以贷款人为原告、以借款人为被告的诉讼，根据原告就被告管辖原则，故应由借款人住所地人民法院管辖。被告借款人是法人或者其他组织的，由其主要营业地或者主要办事机构所在地人民法院管辖。

被告借款人公民住所地与经常居住地不一致的，由被告借款人公民经常居住地人民法院管辖。被告借款人为法人或者其他组

织，如无营业地和办事机构的，由其注册登记地人民法院管辖；没有注册登记且几个被告又不在同一辖区的，几个被告住所地的人民法院都有管辖权。

贷款人对被劳动教养的借款人或者被监禁的借款人提起民间借款合同纠纷诉讼，适用被告就原告的规定，由原告人住所地人民法院管辖。民间借款合同约定履行地不是借款人住所地的，也可由约定履行地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，该两个以上人民法院都有管辖权；当贷款人选择其中一个人民法院起诉时，该受诉人民法院有管辖权；当贷款人向两个以上有管辖权的人民法院起诉时，由最先立案的人民法院管辖。

贷款人提起民间借款合同纠纷诉讼，受诉人民法院没有管辖权的，应当告知贷款人向有管辖权的人民法院起诉；如果贷款人坚持向无管辖权的人民法院起诉，无管辖权的人民法院则应裁定不予受理。

关于贷款人的起诉方式问题。根据《民事诉讼法》第一百一十条规定，贷款人应当向人民法院递交起诉状，即采取书面起诉方式，并按照被告人数提交副本；贷款人也可以采取口头方式起诉，但只适用于贷款人原告书写起诉状有困难的情况。贷款人在这种情况下口头起诉的，人民法院将其口头陈述记入笔录，并告知对方借款人。

贷款人起诉，无论采取书面方式，还是采用口头方式，都应当有以下三个内容：

一是贷款人和借款人（即原告和被告）的自然情况。当事人为公民的，自然情况包括姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所；当事人为法人或者其他组织的，自然情况包括名称、住所、法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；如有代理人的，还应

写明代理人的有关自然情况。贷款人起诉表明借款人自然情况，从而达到“有明确被告”的要求。

二是返还借款、支付利息等具体诉讼请求和所根据的事实和理由。这部分内容是贷款人诉讼目的所在，也是人民法院审理民间借款案件的主要内容，因而，在起诉状中必须表述具体、明确，包括返还本金和支付利息（或者利率）的具体数额，包括原、被告的民间借款法律关系发生、存在的事实，借款人到期未履行还债义务或者发生纠纷的事实，以及提出诉讼请求的理由。

三是证据、证据来源、证人姓名和住所。根据“谁主张谁举证”原则，贷款人起诉主张确认和追索借款债权，应当提供证据。有借款合同、借据等书面证据的，应当随起诉状一起将书面证据递交受诉法院；提供证人证言的，起诉状中写明证人的姓名、地址等，便于法院核查或者通知证人出庭作证。

二、人民法院受理

贷款人起诉，并不当然产生人民法院的审理，人民法院在审理民间借款案件之前，首先要审查贷款人的起诉。通过审查，认为符合法律规定起诉条件的，决定立案审理，从而引起审理程序的开始，这就是人民法院的受理。

为了防止贷款人滥用诉权，避免人民法院盲目立案，受诉人民法院应当对贷款人提起的民间借款纠纷合同诉讼进行审查，然后才决定是否受理。在通常情况下，受诉人民法院应当审查贷款人起诉的下列情况：是否符合起诉条件，是否重复诉讼，起诉手续是否完备，起诉状内容是否明确，贷款人是否具有诉讼行为能力，法人及其法定代表人、其他组织代表人、委托代理人有无资格等。

人民法院经过审查，认为符合起诉条件，起诉手续完备的，应

当在收到起诉状之次日起七日内立案。起诉状内容欠缺需要贷款人补正，或者起诉手续不完备需要补办的，贷款人应当按照人民法院的要求补正或者补办，立案期间从补正或者补办手续材料交给人民法院的次日起计算。人民法院经审查，认为贷款人起诉不符合法定条件的，应当在七日内裁定不予受理。贷款人对不予受理裁定不服的，可以提起上诉。

民间借款合同纠纷诉讼一经立案受理，贷款人成为原告，借款人成为被告，分别确定了诉讼地位，分别依法享有诉讼权利和承担诉讼义务，原告贷款人不重复提起诉讼，被告借款人应当应诉。

在实践中，有的审判人员在审查贷款人起诉时，把诉讼时效作为起诉条件来认识，对超过诉讼时效期间起诉的案件，认为不符合起诉条件，作出不予受理的裁定，这是不符合民诉法规定的。虽然贷款人超过诉讼时效期间提起民间借款合同纠纷诉讼会丧失胜诉权。但是，在诉讼时效期间内，可能存在诉讼时效中止、中断、延长的事由，查明这些事由在起诉审查阶段是难以完成的，只有通过审理才能予以查清。因此，诉讼时效不是起诉条件问题，而是胜诉权问题。人民法院对超过诉讼时效期间的起诉案件，应当先予受理，在审理阶段查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回诉讼请求。

三、民间借款诉讼时效的适用

民法上的诉讼时效，是指权利人请求人民法院保护其权利的有效时间。根据《民法通则》的规定，诉讼时效分为一般和特殊两种。特殊诉讼时效短的为一年，最长的二十年，一般诉讼时效为二年。民间借款纠纷诉讼时效通常适用一般诉讼时效，即借款合同期限届满之日起二年内为有效诉讼时效时间。但是，无期限

借款符合《民法通则》第一百三十七条规定要求的，可适用二十年的特殊诉讼时效。贷款人超过诉讼时效提起诉讼，丧失胜诉权，人民法院不保护其债权。

民间借款诉讼时效视有无借款期限分两种情况而定。有借款期限的，借款到期后，借款人没有返还借款，贷款人明知债权被侵害，故此，只适用借款期限届满之日起计算的二年诉讼时效。无期限的民间借款，通常以贷款人知道债权被侵害之日起计算二年诉讼时效，例如，贷款人向借款人催讨，而借款人表示不返还，或者要求延期归还，此时，贷款人已经知道债权被侵害，故适用二年诉讼时效，但此种情况下的诉讼时效最长不超过二十二年。

例如，吴某于1979年11月2日向赵某借款1000元，月利息15‰，未约定还款期限。借款后，吴某一直未还，赵某也从未催讨，直到1999年2月2日，赵某向吴某追索不成，于同月5日诉至法院。合议庭对此案的诉讼时效问题有三种不同意见：一种意见认为赵某起诉超过二年诉讼时效，应当判决驳回诉讼请求；另一种意见认为适用二十年诉讼时效，赵某起诉未超过二十年，应当判令吴某还本付息；第三种意见认为自赵某主张权利之日起计算二年诉讼时效。笔者同意第三种情况。《民法通则》第一百三十七条规定："诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害之时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。"民间借款合同未约定还款期限的，贷款人可以随时主张权利，但是，不论贷款人是否知道债权被侵害，诉讼时效都不得超过从权利被侵害之日起的二十年。而在二十年内，无期限借款的贷款人未主张债权，借款人也未表示不还借款，不能认为贷款人的债权被侵害。赵某在19年后向吴某追索（主张债权）不成，此时方知债权被侵害，故应从追索之日起计算二年诉讼时效。

四、民间借款的诉讼证据

民间借款的诉讼证据，是指在民间借款合同纠纷诉讼过程中用来确定案件事实的根据。能够证明贷款人与借款人借款纠纷案件真实情况的一切实事，都是民间借款案件的诉讼证据。

人民法院审查案件是以事实为根据，以法律为准绳的。诉讼证据是人民法院审理查明案件事实的基础。只有充分、确凿的证据，才能认定事实，才能正确适用法律下判。民间借款纠纷诉讼也不例外，贷款人主张债权，必须提供证据证明借款人对其负有债务，且要求提供的证据所证明的事实必须具体明确，如借款本金数额、利率多少等，都要有一个确定的数字，否则，人民法院无法审查，贷款人不能胜诉。

（一）民间借款诉讼证据的种类

根据《民事诉讼法》的规定，诉讼证据有书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录等七种。对民间借款合同纠纷诉讼而言，主要的常见的诉讼证据有书证、证人证言、当事人陈述、鉴定结论等。

1. 书证——借款合同书、借据、帐簿以及具有借款内容的书信等

书证，法理上是指以文字、符号、图画表达一定的思想或者行为，其内容能够证明案件事实的物品。民间借款的书证，主要是以文字表达借款内容的，具体表现于借款合同书、借据、帐簿、书信等。

在民间借款活动中，贷款人和借款人在发生借款关系时，以合同书形式订立民间借款合同的情况不多见，但合同书通常比较规范，借款权利义务内容比较全面、明确，能够清楚地证明民间借款当事人之间的借款事实，故应为民间借款的诉讼证据。

借据是民间借款最为常见的诉讼证据，因为，贷款人与借款人发生借款关系，借款人收取借款大多出具借据，以证明借款关系发生和存在。借据实际上也是借款协议，能够证明案件真实情况，能够反映债权债务关系的存在。有些借据虽然记载的内容不完整，但借款主体和数额都是明确的，基本事实是能够证明的，故可为诉讼证据。至于有些借据没有载明是否支付利息、借款期限长短等问题，只要借款主体和数额明确，这些问题可以适用有关法律规定作出判定，不得因借据记载内容不完整而否认其对基本事实的证明效力。借据既具有书证意义，又具有物证作用，在实践中，贷款人不可丢失、毁损借据，否则，无力举证就有可能败诉；借款人返还借款后应当收回借据，否则，借据仍在贷款人手中，个别居心不良的贷款人仍以该借据为证据提起诉讼，如果借款人没有足够的证据证明已经返还借款，就有可能再承担还债义务。

这里的帐簿，是指民间借款当事人记载借款债权债务的簿册。如贷款人在自己的帐簿上记录，某年某月某日借给借款人多少钱；又如借款人在自己的帐簿上记录，某年某月某日向贷款人借了多少钱。这种帐簿记录是报道性书证，在一定条件下也可以作为民间借款的证据。以贷款人为原告的民间借款纠纷诉讼中，借款人的帐簿明确记录借用贷款人金钱的，可以作为胜诉证据，证明其对贷款人负有债务；贷款人在自己的帐簿上由自己记录的出借内容，还要有借款人在该内容帐簿上签名承认或者其他证据印证，才可能为胜诉证据。

具有借款内容的信件，也属报道性书证。例如，甲向乙借取1万元现金后，没有订立书面合同，也未出具借据，属口头借款，但是，甲曾给乙寄信，说自己借甲1万元钱，眼前无力偿还，请求乙给予延长还款时间，或者给丙寄信说自己借乙1万元钱无力

偿还，要求丙借钱给自己偿还乙的债。这些信件说明和报道了借款债务存在的事实，故可以为诉讼中的书证。

2. 知情者的证人证言

证人是了解案件情况并受人民法院传唤出庭作证的人。证人证言是证人向人民法院所作的能够证明案件情况的陈述。证人一般应当到庭口头陈述所了解的案件情况，但有正当理由不能到庭，经人民法院同意，也可以提供书面证言。

在民间借款活动中，当事人以口头形式成立借款关系的情况很普遍。如果借款人诚实信用，到期返还借款，则无讨论证据的意义。问题是借款人事实上借了钱到期却没有履行还债义务，还赖债不承认，如果贷款人手头无书面证据，提起诉讼就会遇到困难，即使法院予以受理，也难以胜诉。此时，如有证人，应当依法提供证人和证人的证言。证人证言可以作为民间借款案件的诉讼证据。

例如：甲向乙借款，由丙介绍，丁在场，乙当场向甲提供借款，成立口头借款合同。借款到期后，借款人甲以没有向乙借款为由拒不还债，贷款人提起诉讼，此时，介绍人丙、在场人丁是最了解案件情况的证人。《民事诉讼法》第七十条规定："凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。"据此，丙和丁应当出庭为该借款案件的诉讼提供证言，或者经人民法院许可提交书面证言。

根据当前审判方式改革的要求，为了充分发挥庭审功能，提高办案质量和效率，人民法院应当传唤证人到庭作证；如果提供书面证言的，应当经过举证、质证、认证程序，然后确定书面证言的效力，防止证人作虚假陈述和故意作伪证而造成案件错判。

3. 贷款人和借款人的陈述

贷款人和借款人是民间借款诉讼的当事人。民间借款诉讼当

事人的陈述，是当事人诉讼进行中向人民法院所作的关于案件事实情况的叙述和承认。当事人关于事实的陈述，是一种重要的诉讼证据。在民间借款合同纠纷诉讼中，因为贷款人已经提出事实和诉讼请求，故借款人对贷款人提出的事实和诉讼请求是否作承认陈述是关键问题。

借款人对自己与贷款人有无借款关系、借了多少钱等，是最清楚的，因而，借款人的陈述会给人民法院审理民间借款案件提供真实情况。但是，由于借款人与贷款人在诉讼中处于对立地位，案件处理结果与其有直接利害关系，借款人往往否认全部事实或者部分事实，否认全部借款或者部分借款。因而，人民法院应当认真审查双方当事人的陈述，结合其他证据，去伪存真，作出准确的裁判。

但是，在没有其他证据的情况下，借款人在诉讼中对贷款人提出的事实，不论全部承认或者部分承认，只要已经承认的，就承认部分的陈述即具有证明效力，并可免除贷款人对借款人已承认的事实的举证责任。因而，人民法院在无其他证据的情况下，可以根据借款人已经承认的陈述作出判决。

除上述三种诉讼证据外，鉴定结论、视听资料也可为民间借款合同纠纷诉讼的证据。如借款人在诉讼中提出，贷款人提供的借据不是其所书写，或者不是其签名，或者私人印章是他人冒名刻制而与自己所使用的印章不一致等，要求鉴定的，有关材料经鉴定，鉴定结论可为民间借款的诉讼证据。贷款人与借款人双方同意采取录音方式记录借款内容的，该录音材料也可为诉讼证据。

（二）民间借款诉讼的举证

除举证责任倒置外，诉讼举证责任实行“谁主张、谁举证”原则。这一原则在民间借款案件一审期间分三个阶段进行。

第一阶段是起诉时。贷款人起诉时提供证据问题，前面已经

阐述。

第二阶段是人民法院受理后至庭审前。人民法院受理民间借款案件后，在送达受理案件通知书和应诉通知书时，应当告知诉讼当事人围绕自己的主张提供证据。贷款人、借款人以及其他诉讼参与人应当围绕自己的主张，根据法院要求的内容和范围提供证据。

第三阶段是庭审期间。庭审期间的举证表现形式主要是示证。贷款人主张借款债权的，开庭审理时应当首先当庭出示证据；被告借款人认为没有借款，或者借款本金数额少于贷款人主张数额的，以及利息、期限等争议，也应当当庭出示证据，以证实自己的主张；担保人如果是诉讼中的被告，主张未提供担保、担保未成立、担保无效、已过担保期限、反对原告主张的担保方式及范围等，也要当庭出示证据。

审判人员对法院调查收集的证据，也负有当庭示证的责任。审判人员当庭出示调查收集的证据，是公开审理的要求，也是防止"暗箱"操作的有效办法。审判人员当庭出示证据的范围是：①当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集，但已提出调取证据的申请和该证据线索，审判人员据此调查收集取得的证据；②人民法院勘验结果和委托鉴定结论；③当事人双方提出的影响查明案件主要事实的证据材料相互矛盾，经庭审质证无法认定其效力，据此，审判人员经调查收集取得的证据（重新开庭时示证）；④人民法院自行调查收集的其他证据。

（三）民间借款诉讼的质证

质证，是将一方当事人提供的证据交给另一方当事人，或者将人民法院调查收集的证据交给有关当事人，由当事人作出承认、否认等意思，然后法庭确认证明效力的诉讼活动。质证一般在庭审中进行，是审查和核实证据效力的一种方式。

民间借款诉讼中的质证情况主要有:①贷款人出示证据的,由被告借款人进行质证;借款人出示证据的,由原告贷款人进行质证。②第三人出示证据的,由贷款人或者借款人进行质证;贷款人、借款人出示证据涉及第三人的,由第三人进行质证。③担保人出示证据的,通常都对贷款人不利,因而,一般由原告贷款人进行质证,但对借款人不利时,由借款人质证;贷款人、借款人出示担保证据的,由担保人进行质证。④审判人员出示调查收集的证据,由参加诉讼的有关人进行质证。

(四)民间借款诉讼的认证

认证,是法庭对诉讼参与人提供的证据依法认定是否具有证明力的诉讼活动。认证是人民法院审判权的组成部分,具体由合议庭和审判员实施。

1. 未质证的不认证

根据最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第十二条规定,当事人提供的证据和法院调查收集的证据,必须经过庭审质证,未经庭审质证的证据,不能作为定案的根据。据此规定,人民法院认证对象是经过庭审质证的证据,未经庭审质证的证据不予认定为定案的根据。

2. 认证的三种情况

认证在时间上有三种情况:一是庭审中当即认证。在通常情况下,经过庭审质证的证据,应当当庭当即认定其有无证明力,可否作为定案证据。二是休庭合议后认证。有的证据经庭审质证后不能当即认定其证明力,可以休庭合议后再予以认定。三是再次开庭认证。合议庭合议后,认为需要继续举证或者进行鉴定、勘验等工作的,可以在下次开庭时对证据和鉴定、勘验结论再进行质证、认定。在审判实践中,经常遇到一些当事人在庭审中提出补充证据或者申请重新鉴定、勘验的要求,这些要求若被法庭接

受，就无必要当庭质证和当即认证，因此，后来补充的证据或者重新进行鉴定、勘验的结论，须在再次开庭时进行质证和认证。

（五）民间借款认证应当注意的几个问题

1. 贷款人、借款人口头陈述认证问题

贷款人与借款人采用口头形式进行借款活动，贷款人在诉讼中只进行口头陈述，往往无书面证据供质证、认证。对这种情况，如果有其他相关证据证实贷款人陈述的，对贷款人陈述和相关证据可以认证，贷款人的主张得到支持；如无其他相关证据，借款人对贷款人的陈述又予以否认的，无法对贷款人的主张予以支持；贷款人陈述虽无其他相关证据证实，但借款人已作承认的，说明双方当事人对借款事实无争议，故无需举证、质证，只需认定双方陈述即可；借款人对贷款人陈述的主张部分承认而对另一部不予承认，贷款人又不能提出其他相关证据的，法庭只就已承认部分予以认定，未承认部分不予认定。在审判实践中，也遇有这么一种情况：贷款人持借据起诉借款人，借款人说已经归还借款，但无“收条”和其他证据证实。对这种情况，借款人陈述的主张不予支持，应认定借据的证明力。

2. 借款人不反驳的认证问题

贷款人在开庭审理时提出借款证据，借款人不予反驳的，实际上是一种默认，故可确认贷款人提供的证据具有证明力。借款人口头提出反驳，不承认贷款人提供的证据，但举不出相应的反驳证据足以推翻贷款人主张的，可以综合全案情况对贷款人提供的证据予以认定。

3. 贷款人和借款人提供相反证据的认证问题

双方当事人对同一事实分别举出相反证据的，应当分别进行审查，并结合其他证据综合分析认定。例如，贷款人与借款人就债务的履行属贷款还是借款发生争议，贷款人提供借据要求借款

人返还借款，借款人出示贷款人出具的“收条”说明已归还借款，贷款人又说出具给借款人的“收条”是收取货款而不是借款，借款人又说只与贷款人有借款关系而无货款关系。对此，要考虑双方有无货款关系的证据问题。如果有证据证明双方曾有货款关系，该“收条”就有可能是收取货款，那么，便可认定借据的证明力；如果有证据证明双方根本无货款关系。则可认定“收条”是收取借款人返还的借款，那么，贷款人再要求借款人返还借款的主张不予支持。

（六）认证时对数个证据效力的判断

在审理同一民间借款案件时，当事人双方提供数个证据且有矛盾的，在认证时就需判断有关证据的效力高低，去伪存真，保证案件准确下判。根据最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第二十七条规定和民间借款案件的特点，民间借款诉讼认证在判断数个证据的效力时要注意以下几种情况：

贷款人与借款人签订的借款合同，借款人出具给贷款人的借据，经过公证的借款合同和借据，以及相关的鉴定结论，真实性强，其证明力应当高于其他书证、视听资料和证人证言。例如，贷款人出示借款人出具的借据，借款人提供证人证言证明借款人没有借款的，借据的证明力高于证人证言，应当认定借据为定案根据。

民间借款案件只有数个证人证言，没有证明力高于证人证言的其他证据，且数个证人证言相互之间有矛盾的，证人提供的对其有亲属关系或者其他密切关系的一方当事人有利证言，其证明力低于其他证人证言。如贷款人的亲属、朋友出庭作证，证言对贷款人有利，另一些证人与贷款人和借款人均无亲属关系和其他密切关系，其证言对贷款人不利的，其证明力高于前者。

原始证据的证明力大于传来证据。如借款人亲手出具给贷款

人的借据，比传来证据具有更明确的真实性，故其证明力高于传来证据。

（七）其他有关问题

1．不能单独作为认定案件事实的证据

根据《民事诉讼法》有关规定和最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第二十八条规定，下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：①未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；②与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言；③没有其他证据印证并有疑点的视听资料；④无法与原件、原物核对的复印件、复制品。当然，上述证据有其他证据印证的，也可为认定案件事实的依据。

2．证人不到庭由当事人承担举证不能责任

在审判实践中，经常出现这么一种情况：贷款人或者借款人提供了证人，但是，该证人在人民法院通知的开庭日期，没有正当理由拒不出庭作证。对这种情况，举证不能的责任由提供该证人的当事人承担。但有两个问题需要说明：一是该证人如有正当理由未到庭作证，如生病住院、出差外出因故不能按时回来到庭作证等，应当另定日期开庭，而不能认为其拒不到庭；二是当事人仅就该证人承担举证不能责任，如有其他证据，则不因此影响其他证据的证明力。

3．证据持有人无正当理由拒不提供的法律后果对其不利

有证据证明贷款人或者借款人持有证据，而持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供证据，对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。例如，贷款人起诉借款人要求追索3万元借款，而借款人说只欠他2万元，且有足够证据证明自己已经给贷款人出具借据，而贷款人无正当理由拒不提供该借据，那么，就可以推定借款人只向贷款人借款2万

元。

五、财产保全和先予执行

为了保证裁判文书在将来能够得以顺利执行，为了解决贷款人因紧急情况而使生活、生产出现的严重困难问题，人民法院在诉前或诉中，根据贷款人的申请或者依职权，按照《民事诉讼法》的有关规定，可以对借款人的财产采取保全措施，或者采取先予执行措施。

（一）民间借款的财产保全

民间借款的财产保全，是指人民法院在民间借款案件判决前，为使将来的判决能够切实得到执行，根据贷款人（原告）的申请，或者依职权对借款人的财产采取查封、冻结、扣押等措施。在实践中，经常出现一些借款人为了逃避债务而变卖、转移、隐匿财产导致人民法院难以执行和贷款人债权难以实现的情况，因而，有必要强调民间借款诉讼中的财产保全问题。采取财产保全措施由四个条件构成：一是因借款人的行为或者其他原因，如借款人为逃避债务而变卖、转移、隐匿财产等，可能会使将来生效的判决不能执行或者难以执行；二是借款人对贷款人必须负有金钱给付义务；三是由贷款人提出申请或者人民法院依职权作出；四是贷款人已经提供担保。人民法院决定采取财产保全措施后，借款人（被申请人）提供担保，且为人民法院认可的，避免今后判决执行难的目的已经达到的。人民法院就应当解除财产保全措施。

财产保全分为诉讼保全和诉前保全两种。诉讼保全是人民法院在案件受理后至作出判决前的财产保全。诉前保全是人民法院在案件起诉前，因情况紧急而采取的财产保全。贷款人申请诉前保全必须有紧急情况，并提供担保，人民法院采取保全措施后十五日内，贷款人必须向人民法院起诉，否则解除保全措施；贷款

人在民间借款案件受理后至判决前，可以申请诉讼保全，并提供担保，人民法院认为必要时可以依职权采取财产保全措施。

人民法院实施财产保全必须采取相关强制措施。财产保全的措施是强制性措施，不论借款人是否同意，除借款人履行义务和提供担保外，人民法院均可强制实施。财产保全的强制措施主要有：查封、扣押、冻结。此外，人民法院还可以采取其他一些与被保全财产相适应的措施，如借款人有劳动收入的，可以扣留、提取其在有关单位的劳动收入；又如被保全财产是季节性商品，鲜活、易腐烂变质的物品，可以采取变卖措施，保存价款，以达到保全目的。

贷款人申请财产保全有错误，造成借款人财产损失的，贷款人应当承担赔偿责任。引起这种赔偿大致有三种情况：一是人民法院依据贷款人申请而采取财产保全措施，后因经审理认定借款关系不存在，或者借款人已经在贷款人申请保全前履行全部义务等原因而判令贷款人败诉，在这些情况下，借款人的财产因保全而受到损失；二是贷款人虽已胜诉，但判决的债权数额小于申请保全债权数额，造成大于的部分的保全财产损失，对大于部分所造成的损失，由申请人承担赔偿责任；三是贷款人在人民法院采取诉前保全措施后十五天内不起诉，借款人或其他被申请人因诉前保全财产遭受损失。贷款人申请财产保全错误，造成借款人财产损失的，如不主动赔偿人民法院应当判令从贷款人提供担保的财产价值范围内予以赔偿。

（二）民间借款的先予执行

民间借款的先予执行，是指人民法院在受理贷款人提起的民间借款纠纷诉讼后至作出终审判决前，根据贷款人的申请，裁定借款人给付贷款人一定数额金钱的司法行为。根据《民事诉讼法》第九十七条规定，先予执行案件的范围是：①追索赡养费、抚

养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件；②追索劳动报酬的案件；③因情况紧急需要先予执行的案件。民间借款案件的先予执行，只适用第三种范围。

民间借款先予执行的构成有以下四个条件：

（1）贷款人与借款人之间的债权债务关系明确。贷款人与借款人之间存在民间借款法律关系是民间借款先予执行的前提，而且这个法律关系是明确的、肯定的。如果这个法律关系不明确，或者双方当事人有很大争议，而先予执行的话，就有可能造成先予执行错误。

（2）不先予执行将严重影响贷款人的生活或者生产经营。民间借款的先予执行只适用因情况紧急的规定。这里的“情况紧急”与“严重影响”是相联系的，主要表现于：如果不先予执行，贷款人的生活眼下就难以维持，生产经营眼下就无法进行。如贷款人公民急病住院没有能力支付住院费，但他对借款人的到期借款诉讼已经被人民法院受理，此时，同时具备其他条件，贷款人就可以申请先予执行。如果没有类似这些“情况紧急”和“严重困难”，则可在判决后再执行。

(3)借款人有履行还债能力。这是实现先予执行目的条件。贷款人有履行能力，先予执行才有其自身意义。借款人没有履行能力，或者先予执行后同样造成借款人无法维持生活，先予执行就无必要或者不能实现目的。

（4）必须由贷款人提出申请。是否先予执行，虽然由人民法院决定，但先予执行是依申请的司法行为，而不是依职权行为，理由是，贷款人有无紧急情况，要由其提供，需不需要先予执行要由其主张，而人民法院不一定知道贷款人有无紧急情况，故不宜依职权先予执行；先予执行如果有错，造成借款人损失，依申请的由贷款人赔偿，如果依职权的，贷款人可推卸责任，则由人民

法院赔偿。

担保问题。关于在通常情况下，贷款人申请先予执行，本因生产、生活已经严重困难且情况紧急，再要求其必须提供担保就难以办到，因此，《民事诉讼法》第九十八条规定："人民法院可以责令申请人提供担保"，而不是规定应当责令申请人提供担保，也就是说，人民法院视贷款人的实际情况，可不需担保而先予执行。但是，人民法院责令提供担保，贷款人不提供担保的，则驳回其先予执行的申请。

人民法院裁定先予执行的金钱数额，应当在贷款人诉讼请求的范围之内，并以贷款人生产、生活急需为限。先予执行的裁定作出后，即发生法律效力，当事人不得上诉，但不服的可以申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。

六、民间借款案件的缺席判决

在审理民间借款案件中，有些被告借款人为了躲避债务或者明知败诉而无正当理由拒不到庭参与诉讼，因而适用缺席判决。最高院《审理借贷意见》第五条规定了两种缺席判决的原因：①贷款人起诉时，借款人已经下落不明，人民法院公告传唤借款人应诉，借款人在公告期限届满后仍不应诉，而借款关系明确的，审理后可以缺席判决；借款关系无法查明的，则应裁定中止诉讼，以防错判。②在民间借款案件审理过程中，借款人出走下落不明，借款关系明确的，可以缺席判决；借款关系难以查清的，应当裁定中止诉讼。但是，缺席判决不只是被告借款人的原因。根据《民事诉讼法》的有关规定，民间借款案件缺席判决的法定还有：①贷款人在借款人提起反诉的情况下不到庭或者中途退庭；②贷款人申请撤诉未被准许而拒不到庭；③借款人不到庭或者中途退；④借款人法定代理人不到庭；⑤无独立请求权的第三人不到庭。上

述五种原因的当事人不到庭，均以人民法院传票传唤、无正当理由为条件。

七、民间借款案件中简易程序的适用

简易程序是第一审程序的简化，是基层法院和其派出法庭审理简单民事案件的程序。按照《民事诉讼法》第一百四十二条规定，适用简易程序的民间借款案件与其他简单民事案件一样，必须同时具备三个条件：一是事实清楚。贷款人与借款人对借款事实陈述一致，贷款人提供的证据可靠，人民法院无须调查即可判明是非。二是权利义务明确。贷款人是借款法律关系中的权利享有者，即债权人，借款人是借款法律关系中的义务承担者，即债务人，这个关系明确。三是争议不大。贷款人与借款人对案件的是非、责任、争诉标的等没有原则争议。基层人民法院和其派出的人民法庭，对事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民间借款案件，适用简易程序审理。

简易程序与普通程序不一样，它简化了普通程序的操作规程。一是由审判员一人独任审理，无需组成合议庭；二是贷款人可以书面起诉，也可以口头起诉，人民法院不因贷款人口头起诉而拒绝受理；三是人民法院可以用口头通知被告借款人应诉和答辩；贷款人和借款人同时到庭时，可以当即审理；开庭时不受调查、辩论顺序的限制。四是审理期限短，从立案之日起三个月内必须结案，且不得延长审限。如果在三个月不能审结而需要延长审限的，说明案情复杂，应当转为普通程序进行。

不少民间借款案件中的贷款人手头有借款证据，借款关系明确，借款人对借款事实、数额、利息等并无争议，只是有钱赖帐不还或者暂无能力清偿债务而发生诉讼。对此类民间借款案件适用简易程序，即有利于及时保护和实现贷款人的债权，又有利于

人民法院节省人力、物力和财力。

第二节　申请支付令的督促程序

民诉法上的督促程序，是指债权人直接向人民法院申请支付令，要求债务人给付金钱、有价证券所适用的特殊审判程序。民间借款案件的标的物是金钱和有价证券，属于督促程序的适用范围。

一、民间借款案件适用督促程序的意义

督促程序的特点是，人民法院依据债权人的申请，只对债权人提出的事实、证据进行审查，不传唤债务人，也不开庭审理，只要债权债务关系明确、合法，即可签发支付令。债务人在规定期限内对支付令不提出异议又不履行义务，支付令即发生法律效力，债权人就可以申请人民法院强制执行。

从实践来看，许多民间借款事实清楚，证据确凿、充分，贷款人与借款人对借款事实、数额等均无争议，只是借款人未履行还债义务，在这种情况下，督促程序是非常适合民间借款诉讼的。贷款人申请签发支付令，人民法院适用督促程序，避免了答辩、庭审等许多环节，节省了大量时间，使借款债权债务关系迅速得以确认，并很快转入执行程序，这有利于及时保护和实现贷款人的合法债权。

二、民间借款适用督促程序的条件

民间借款中的贷款人申请支付令，人民法院受理并适用督促程序的，应当符合以下几个条件：

1．申请的内容必须是给付金钱或有价证券

这个条件对民间借款来说问题不大，因为民间借款案件的标的物本身就是金钱和有价证券。如果债权人请求的内容是其他财物，或者是为了一定行为，则不是民间借款，也不能适用督促程序。贷款人申请支付令是行使金钱给付请求权，那么，贷款人在提出申请前必须已经存在给付金钱或者有价证券的请求权。申请人不存在这个请求权，或者要求确认某项权利，或者要求变更、消灭某一法律关系，则不适用督促程序。

2. 请求的债权必须有明确的数额且已到期，并写明了请求所根据的事实、证据

贷款人向人民法院申请支付令，在提出申请时，必须写清具体明确的借款债权数额和已经到期时间，以及所依据的事实和证据。如果借款债权未到期，贷款人尚无请求借款人还债的权利，则不能申请支付令。如果借款债权数额不明确，人民法院就无法发出支付令。只有贷款人提供证据证明，借款债权有明确数额且已到期，才可为申请支付令的条件；至于事实上是否明确和到期，不为申请支付令的条件，可由借款人提出异议使支付令不发生效力。民间借款合同没有约定借款期限的，贷款人随时可以申请支付令。

3. 贷款人与借款人没有其他债务纠纷

贷款人对借款人只享有借款债权而没有其他债务，才适用督促程序。如果贷款人对借款人享有民间借款债权，而借款人对贷款人享有其他债权，例如，借款人欠贷款人借款 1 万元，而贷款人欠借款人 1 万元货款，双方互为债务人，互有给付义务。在这种情况下，贷款人申请支付令，督促程序就会因借款人提出要求贷款人履行债务的异议而终结，这就会使督促程序失去其自身的意义。

4. 支付令能够送达借款人

最高法院《适用民诉法意见》第 220 条规定：“向债务人本人

送达支付令，债务人拒收的，人民法院可以留置送达。”根据这条规定，支付令的送达有两种方式：一是直接向债务人本人送达；二是债务人本人拒收的，适用留置送达。债务人不在我国境内，或者虽在我国境内但下落不明的，因为不能够向其本人送达而不适用督促程序。支付令不适用公告送达，因为公告送达不一定使债务人都能完全了解公告的具体内容。支付令也不宜适用邮寄送达，因为邮寄送达可能会使债务人无法如期收到支付令。公告送达和邮寄送达不利于债务人对支付令提出异议，从而影响其权利的行使。

5. 支付令的申请必须向有管辖权的人民法院提出

民间借款支付令案件的管辖与一般民间借款诉讼案件管辖基本一致，主要由被申请借款人住所地的基层人民法院受理。

贷款人向人民法院申请支付令，符合上述条件的，人民法院应予受理，并在收到申请后五日内通知贷款人；对不符合上述条件的，也应在五日内通知贷款人不予受理。

三、对申请支付令的审查和处理

《适用民诉法意见》第216条规定：“人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查，经审查申请不成立的，应当在十五日内裁定驳回申请，该裁定不得上诉。”从这条规定中可以看出，人民法院受理贷款人申请支付令后，首先要进行审查，然后再决定驳回申请还是发出支付令。

人民法院受理贷款人申请支付令案件后，确定一名审判员进行审查。由审判员一人进行审查，在审判组织形式上类似独任审判，但无需借款人答辩、提供证据，无需人民法院调查取证，无需开庭审理，审判员只就贷款人提供的申请书、事实和证据进行书面审查。

审判员审查贷款人提出的支付令申请，主要审查贷款人提出的申请是否符合法定条件，手续是否完备，申请书内容是否明确，申请的给付内容是否有足够的证据，申请有无超范围，债权债务关系是否明确、合法，是否有管辖权等。

审判员的审查是在立案后进行的，因而，对经审查不成立的申请，不适用不予受理，而应当在受理后十五日内裁定驳回申请；经审查，申请成立的，应当在受理之日起十五日内向借款人发出支付令；如果部分申请成立而部分不成立的，就成立部分发出支付令，对不成立部分驳回申请。

四、支付令的内容

民事案件经过督促程序所产生的法律文书是支付令，支付令是人民法院作出的具有执行效力的法律文书，它责令债务人在规定期限内向债权人履行债务。据此，民间借款的支付令应当具有以下内容：贷款人和借款人的自然情况；借款人应当向贷款人支付的金钱或者有价证券的种类、数额、利息；借款人清偿债务和提出异议的期限；诉讼费和其他费用的承担；借款人在规定期间内不提出异议的法律后果等。最后，在支付令上由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

五、借款人提出异议

借款人收到支付令后，如有不同意见，有权提出异议，但不能上诉。因为，只要借款人提出异议，就会导致支付令自然失效，督促程序终结，故不需赋予借款人上诉权。

《民事诉讼法》第一百九十一条第二款规定："债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。"从这条规定中可以看出，借款人提出异议有两个法定形式

条件：

一是在法定期限内提出。借款人对人民法院发出的支付令如有异议，应当从收到支付令之日起十五日内向发出支付令的人民法院提出。这个时间是法定时间，人民法院和当事人都无权决定延长或者缩短。借款人超过这个时间提出异议无效，人民法院通知驳回。

二是以书面形式提出。借款人对人民法院发出的支付令如有异议，应当以书面形式提出，这是法定形式要求。借款人不能采取口头方式，口头表示异议不具有法律效力。

借款人在法定期间内提出书面异议，通常都说明事实和理由，但法律没有要求必须说明事实和理由。借款人可以不附任何理由，也不论理由是否充分；可以不说明贷款人的申请无事实和无法律依据；可以不说明支付令违法之处和失实之处。因此，借款人在法定期间内以书面形式提出异议，人民法院不需审查异议的内容和理由是否成立，只要在形式上符合法定条件，就应裁定终结督促程序。

借款人依法提出异议后，人民法院裁定终结督促程序，民间借款的支付令自行失效。督促程序和支付令虽因借款人提出异议而终结、失效或者因支付令在法定期限内无法送达而不能生效，但贷款人与借款人的借款债权债务纠纷不因此而终结，因此，贷款人在督促程序终结后仍可另行提起民间借款诉讼。另行提起诉讼的诉讼时效，因贷款人申请支付令而中断；支付令失效，诉讼时效继续计算。

六、支付令的效力

贷款人在收到人民法院发出的支付令之日起十五日内不提出异议，又不按照支付令的规定履行还债义务的，该支付令发生法

律效力。民间借款支付令与判决书具有同等的法律效力，即具有既判力和执行力，因而，贷款人可以依据支付令向人民法院申请强制执行。

第三节　贷款人代位权诉讼

民间借款中的代位权诉讼，是贷款人对借款人怠于行使到期债权造成其损害而向人民法院请求借款人的债务人向其履行清偿义务的诉讼。贷款人对借款人的债务人提起诉讼，标志着贷款人已经开始行使代位权。前面已经阐述民间借款一般诉讼问题，但由于代位权诉讼有其特殊性，又因有最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释》）对代位权诉讼有特别规定，故对代位权诉讼作专题阐述。

一、直接行使还是诉讼行使问题

在理论界，有不少人认为，为了加快民间资金流转速度，及时实现贷款人的债权，只要第三人对借款人有到期债务，且无其他异议，而借款人对该第三人不行使到期债权的，在立法上应当赋予贷款人直接向该第三人行使代位权，即贷款人直接要求第三人向自己履行债务为有效行为。在实践中，有不少贷款人直接要求借款人的债务人向自己履行义务，也有的借款人的债务人应贷款人的要求作出实际履行。

但是，根据《合同法》第七十三条关于“债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权”的规定，贷款人代位权只能通过诉讼程序行使。理由有三条：

一是贷款人与第三人没有发生借款关系，且贷款人完全是为

了自己的利益而行使代位权的,因而就很容易出现滥用代位权,任意处分借款人债权的情况。当通过诉讼程序行使代位权时,贷款人就难以滥用代位权。同时,人民法院能以裁判方式公正地保护各个诉讼当事人的利益。

二是在第三人有多个债务的情况下,如果一个或者部分代位债权人行使了代位权,第三人以全部财产向其履行了债务,往往会侵害其他债权人的利益。只有通过诉讼程序,并通过法院强制执行,第三人的财产才能得以合法分配。

三是如果允许贷款人的代位权对第三人直接行使,该第三人予以拒绝,或者本无异议而借故提出异议,因无强制力保障,贷款人的债权仍无法实现。通过诉讼程序,由人民法院作出裁判,然后通过强制执行程序,第三人就不能拒绝履行债务,贷款人的债权也就有了国家强制力的保障。

二、以贷款人名义行使还是以借款人名义行使的问题

有些人认为,贷款人与第三人没有订立借款合同,没有直接债权债务关系,因而,贷款人不能以自己的名义而只能以借款人的名义行使代位权。这种观点实际上否定了借款的代位权,一是贷款人的代位权是基于借款人怠于行使债权而产生的,借款人不行使债权,又以借款人名义提出请求,既矛盾又不是代位;二是向人民法院请求的原告主体无法成立,因借款人怠于行使债权不提起诉讼,而贷款人以借款人名义提起诉讼,违反了民事诉讼法的规定,人民法院不能受理此类原告主体不成立的案件。因此,应当以贷款人的名义向人民法院提出请求。

三、第三人向借款人履行还是向贷款人履行的问题

在民间借款合同中,贷款人与第三人无债权债务关系,贷款

人只能要求借款人履行债务，不得要求第三人履行债务。第三人只能向借款人履行，而不能向贷款人履行。但是，当贷款人行使代位权时，情况就有所不同。

有一种观点认为，在贷款人行使代位权过程中，贷款人不得请求次债务人（即借款人的债务人和第三人）直接向自己履行债务，而只能请求次债务人向借款人履行，理由是次债务人不是贷款人的债务人，如果向贷款人直接履行，则破坏了债的相对性原则。

我们认为，这个观点违背了设立债权人代位权的立法宗旨。《合同法》第七十三条设立代位权，目的是通过代位权的行使，使债权人的债权通过债务人的债务人履行债务来实现。在民间借款中，如果次债务人仍向借款人履行债务，贷款人行使代位权的就会失去意义。有些借款人接受其债务人履行债务后，也许将接受的债务用于清偿贷款人的债务，但也不可排除有一些借款人接受履行后不向贷款人清偿，这就会使贷款人行使代位权落空。

最高法院《合同法解释》第二十条规定："债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，……"。据此，在民间借款代位权诉讼中，人民法院应当判令次债务人直接向贷款人履行债务。

关于诉讼费等必要费用问题，如果贷款人胜诉的，则由次债务人承担；如果贷款人败诉的，则由贷款人承担；如果由此支出的必要费用，不能由借款人或者次债务人负担，而贷款人行使代位权所取得的债权由数个债权人分享的，则由各个债权分担。

此外，借款人依法对贷款人所享有的抗辩权，在代位权诉讼中，次债务人可以用来对抗贷款人。

四、关于贷款人代位权后诉问题

借款人到期未履行还债义务，贷款人向人民法院提起民间借款合同纠纷诉讼,在人民法院审理民间借款合同纠纷案件期间,贷款人又向人民法院提起代位权诉讼,请求次债务人向其清偿债务。对此种代位权后诉情况，《合同法解释》第十五条规定：“债权人向人民法院起诉债务人以后，又向同一人民法院对次债务人来提起代位权诉讼，符合本解释第十四条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的，应当立案受理；不符合本解释第十四条规定的，告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第（五）项的规定中止代位权诉讼”。根据这些规定，后诉的代位权案件，符合起诉条件的，应当立案受理，但要中止诉讼。为什么既受理又中止呢？

民间借款合同纠纷诉讼是贷款人对借款人的诉讼，民间借款代位权诉讼是贷款人对借款人的债务人的诉讼，这两个诉讼是既有联系又互为独立的诉讼，贷款人起诉借款人后，贷款人对次债务人的代位权并不因此而消灭,故贷款人仍有代位权的诉讼权利。但是，人民法院立案受理后诉的代位权诉讼必须符合四个方面的条件：一是贷款人必须向已经受理民间借款合同纠纷诉讼的人民法院提起代位权诉讼，即向同一人民法院提起代位权诉讼；二是必须存在“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”事实；三是必须具备《民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件和代位权起诉的特有条件；四是向次债务人住所地人民法院提起诉讼。贷款人后来提起代位权诉讼符合上述四方面条件的，人民法院应当立案受理。

人民法院对后诉的代位权诉讼立案受理后，在贷款人诉借款人的民间借款合同纠纷案件裁决发生法律效力以前，应当中止贷款人起诉次债务人的代位权诉讼。理由是：（1）贷款人对借款人提起诉讼，又对次债务人提起诉讼，如果人民法院对两个诉讼都进行审理判决，就有违一事不再审的原则。（2）后诉的代位权诉讼案件的审理必须以民间借款合同纠纷案件的审理结果为依据，如贷款人对借款人的债权是否合法，是否到期，债权数额多少，借款人在诉讼期间有无履行还债义务，等等，只有在先诉的民间借款合同纠纷诉讼裁判发生法律效力后，才能得以确认和定论，才能成为后诉代位权诉讼的依据。如果民间借款案件尚未审结，这些问题未经生效裁决文书确定，后诉代位权诉讼就无法进行，故此需要中止诉讼。（3）待先诉的民间借款合同纠纷案件审结后，视具体情况可再决定是否恢复后诉的代位权诉讼问题。如果人民法院判令借款人向贷款人履行借款债务，借款人履行了债务，代位权诉讼案件就应当作终结处理；借款人无其他财产清偿债务，又仍然怠于向其债务人行使债权，就可以恢复代位权诉讼。

五、借款人在代位权诉讼中的地位问题

贷款人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，次债务人的债权人即借款人的诉讼地位如何呢？

有人认为，贷款人单诉次债务人，可以追加借款人为被告，使之与次债务人一起成为共同被告，并将民间借款合同纠纷诉讼与代位权诉讼合并审理，形成共同诉讼，判令借款人履行债务，同时判令借款人未按裁判文书履行则由次债务人向贷款人履行。我们认为，贷款人与借款人之间，借款人与其债务人之间的债权债务关系是两不同的法律关系，且民间借款合同纠纷诉讼与代位权诉讼是两个不同的诉讼，故不可追加借款人为代位权诉讼中的被

告。

《合同法解释》第十六条第一款规定:"债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法院可以追加债务人为第三人。"根据这条规定,借款人在民间借款代位权诉讼中的地位为第三人。贷款人提起代位权诉讼,以次债务人为被告,以借款人为第三人,该第三人适格;如果未将借款人列为第三人,人民法院则可追加其为第三人;如无必要,人民法院也可不追加次债务人为第三人。

民事诉讼中的第三人有两种,即有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。在民间借款代位权诉讼中,借款人作为第三人参加诉讼,通常为无独立请求权的第三人。

无独立请求权的第三人,是指对原告与被告双方争议的诉讼标的没有独立请求权,但案件处理的结果,可能同他有法律上的利害关系,而参加到已经开始的诉讼中来,进行诉讼的人。在代位权诉讼中,借款人作为第三人对贷款人与次债务人争诉的代位清偿债务,不存在有独立请求权问题,他不能主张代位清偿债务既不属于贷款人又不属于次债务人而属于自己,不可能将贷款人和次债务人处于被告地位而自己处于事实上的原告。但是,代位权诉讼案件处理结果与他有法律上的利害关系。这种法律上的利害关系主要表现于:如果贷款人胜诉,次债务人直接向贷款人履行了债务,借款人则失去对其债务人请求还债的权利,同时,也免除其向贷款人履行债务的义务;如果贷款人败诉,借款人对其债务人仍享有主张债权的权利,对贷款人仍负有还债义务。

基于借款人与贷款人有着民间借款法律关系,借款人与其债务人有着债权债务关系,借款人为了维护自己的利益,总是支持一方当事人,或者支持贷款人行使代位权,或者支持其债务人反对代位清偿债务,因而,他又是具有独立诉讼地位的诉讼参与人,

具有与其诉讼地位相应的诉讼权利，如委托代理人进行诉讼，提供证据证明一方当事人的主张，为一方当事人辩护等。但是，借款人作为第三人因没有独立请求权，故不享有提出管辖异议、撤回起诉、承认和变更诉讼请求等权利。

在审理程序中，贷款人与次债务人达成调解协议，处分借款人对其债务人所享有的权利，如果不影响借款人利益，则可确认有效；如果影响借款人利益的，应当取得借款人的同意，否则，人民法院不得确认该调解协议有效。

六、代位权诉讼的效力问题

贷款人行使代位权，人民法院判令次债务人向贷款人履行清偿义务，次债务人向贷款人履行了义务，涉及两个债的法律关系消灭，即贷款人与借款人之间的债就已履行部分消灭和借款人与次债务人之间的债就已履行部分消灭。

贷款人有权行使代位权，但无处分借款人对其债务人的权利，在代位权诉讼中不能转让、放弃借款人对其债务人的债权。人民法院在审理和执行过程中，不应准许贷款人擅自处分借款人所享有的债权，贷款人如果任意处分借款人的债权，由此造成借款人损失的，则由贷款人承担责任。例如，贷款人在行使代位权时，对次债务人放弃部分债权，就放弃部分，应在借款人对贷款人的债务数额中减去，或者承担赔偿责任。

七、代位权诉讼中的其他几个问题

1. 关于起诉条件问题

代位权起诉有共有和特有两方面的条件。

共有起诉条件是所有民事案件起诉都必须具备的条件，即《民事诉讼法》第一百零八条规定的四个起诉条件。

特有起诉条件是代位权起诉除具备共有条件外特定需要具备的条件。根据《合同法解释》第十一条的规定，民间借款代位权起诉应当具备以下四个特有条件：

（1）贷款人对借款人的债权合法；

（2）借款人怠于行使其到期债权，对贷款人造成损害；

（3）借款人的债权已到期；

（4）借款人的债权不是专属于借款人自身的债权。

代位权起诉的特有条件与共有条件一样是起诉的形式条件。人民法院收到贷款人代位权起诉状后，经审查，认为贷款人提起代位权诉讼既符合共有条件又符合特有条件的，应当依法受理；认为既不符合共有条件又不符合特有条件的，依法裁定不予受理。这里所要注意的是，贷款人提起代位权诉讼符合共有条件，但不符合特有条件的，人民法院也应依法裁定不予受理。

2. 关于管辖问题

民间借款代位权诉讼适用普通地域管辖。根据原告就被告原则，贷款人对次债务人提起诉讼，因次债务人在代位权诉讼中是被告，故由次债务人住所地人民法院管辖。次债务人公民住所地与经常居住地不一致的，由次债务人经常居住地人民法院管辖。

贷款人向人民法院起诉借款人后，又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼，如果后诉的代位权诉讼也属该人民法院管辖的，则应立案受理；如果后诉的代位权诉讼不属该人民法院管辖的，则告知贷款人向次债务人住所地人民法院另行起诉。

3. 关于共同诉讼问题

共同诉讼，是指当事人一方或者双方为二人以上的诉讼。在民间借款代位权诉讼中也存在共同诉讼，最为典型的是两个或者两个以上贷款人（包括其他债权人）以同一次债务人为被告提起的代位权诉讼。例如，甲欠乙的钱，乙又欠丙的钱；甲欠B的钱，

B又欠C的钱。丙和C两个贷款人都以甲（同一次债务人）为被告提起代位权诉讼，便为共同代位权诉讼。

共同诉讼分为必要共同诉讼和一般共同诉讼。上例为一般共同代位权诉讼，丙和C是代位权诉讼的共同原告，这种共同诉讼的标的是同一种类，即金钱之债，两个贷款人可以共同起诉。两个或者两个以上贷款人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼，本来是可分之诉，可以分案审理，但为了简化诉讼程序，提高办案效率，人民法院可以合并审理。

第四节 贷款人撤销权诉讼

民间借款的撤销权诉讼，是贷款人向人民法院请求撤销借款人放弃到期债权、转让财产造成其损害的行为的诉讼。撤销权是一种以诉讼方式表现出来的权利，故有撤销权之诉讼。

一、行使撤销权的方式问题

对债权人行使撤销权的方式问题，有人主张，在立法上可赋予债权人直接向债务人行使撤销权，认为直接行使方式便捷，有利于债权人及时有效地保全自己的债权。但是，债权人直接行使撤销权若有不当，就容易损害债务人或者第三人的利益，就容易造成当事人之间以及当事人与第三人之间的纠纷，这会使案件的矛盾激化，纠纷扩大。《合同法》第七十四条规定："债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为"。这里的可以是对贷款人行使撤销权而言的，既可以请求撤销，也可以不行使撤销请求权，而不是指行使方式，即不指可以直接行使，也可以诉讼行使。债权人如要行使撤销权，就必须向人民法院提起诉讼请求予以撤销，人民法院经过审理，再决定是否判令撤销。由此可见，贷款人行使

撤销权的方式是诉讼。

二、撤销权诉讼的主体

1．原告主体——贷款人

因为撤销权的行使主体是债权人，又因民间借款合同的债权人是贷款人，故此，在民间借款撤销权诉讼中，原告只能是贷款人。只有贷款人作为原告向人民法院提起诉讼，民间借款撤销权诉讼才能有适格的原告。民间借款合同中的借款人、有关受益人和受让人，因无撤销权，故不能作为原告提起撤销权诉讼。

在民间借款中，两个或者两个以上贷款人（包括其他债权人）以同一借款人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，两个或者两个以上的贷款人构成共同原告；人民法院合并审理的，构成撤销权的共同诉讼。民间借款撤销权的共同诉讼有三个条件构成：一是必须有共同原告，即必须有两个或者两个以上债权人，对民间借款而言，其中必须有一个是贷款人；二是被告必须是同一债务人，对民间借款撤销诉讼而言，该债务人在多个债务中至少有一个债务是民间借款；三是诉讼标的是同一的，如借款人甲放弃对其债务人 2 万元到期债权，共同原告所诉的标的是借款人放弃这 2 万元到期债权的行为。

2．被告主体——借款人

从《合同法》第七十四条“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为”的规定中可以看出，既然请求撤销的内容是债务人的行为，而不是第三人的行为，那么，被告就只能是债务人，而不能是第三人。在民间借款中，借款人放弃对第三人的债权，是借款人的单方行为，当然以借款人为被告；借款人与第三人达成转让财产协议，只要以借款人为被告，撤销借款人出让财产的行为，该协议就归于无效，不需要再撤销第三人的行为，由此造成

第三人损失的，由借款人向第三人承担民事责任。

3. 无独立请求权的第三人——受益人、受让人

《合同法解释》第二十四条规定："债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。"从这条规定中可以看出，债务人放弃到期债权的受益人，无偿转让财产和以明显不合理的低价转让财产的受让人，在撤销权诉讼中处于第三人位置。

在民间借款诉讼中，贷款人通常以借款人为被告，以受益人或者受让人为第三人，提起撤销权诉讼。如果贷款人在提起撤销权诉讼时未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加第三人。

撤销权诉讼为什么需要受益人或者受让人作为第三人参与？最为主要的理由是，贷款人提起撤销权诉讼，人民法院审理撤销权案件，在处理结果上，与受益人或者受让人在法律上有着利害关系。

这种利害关系，对借款人放弃到期债权的受益人而言，如果被告借款人的行为被撤销，借款人放弃债权行为就自始无效，借款人与受益人的债权债务关系，恢复到撤销前的状态，受益人不得利益，对借款人仍负原债务，并负清偿责任；如果被告借款人胜诉，其放弃债权行为有效，受益人得益合法，不再向借款人履行债务。

这种利害关系，对被告借款人转让财产的受让人而言，如果贷款人胜诉，借款人无偿转让财产或者低价转让财产的行为被撤销，借款人该行为就自始无效（相关合同亦无效），那么，受让人不得取得受让财产的所有权，如果已经实际占有该诉讼标的物的，则应返还财物；如果贷款人败诉，借款人的行为有效，受让人受

让取得的财产就受法律保护。

受益人或者受让人基于与借款人之间的法律关系，作为无独立请求权第三人参与撤销权诉讼，提供证据，进行辩论，支持借款人，如果反对撤销理由成立，则能维护自己的民事权益。当受益人、受让人负有撤销权诉讼中某种法律义务（如返还财物）时，因其已参与诉讼，有利于人民法院判令其承担民事责任。

《民事诉讼法》第五十六条规定“人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务”，这一规定是指如果一审法院判决无独立请求权第三人承担民事责任，他就有权提起上诉。在第二审程序中，他不再是第三人而是上诉人，享有上诉人的诉讼权利，承担上诉人的诉讼义务。

三、关于贷款人行使撤销权的期限问题

债权人行使撤销权即提起撤销权诉讼必须有期限，若无期限则债权的保全和实现就会失去其意义，所以，《合同法》第七十五条规定了债权人行使撤销权的两种期限，即知道事由期限和行为发生期限。

知道事由期限，是债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使的撤销权的期限。一年行使撤销权的期限，前提条件是债权人知道或者应当知道撤销事由。撤销事由即债务人放弃债权、无偿转让财产和以明显不合理的低价转让财产。应当知道是指一般债权人在通常情况下都会知道撤销事由的发生。贷款人在知道或者应当知道的情况下，一年内不行使撤销权，撤销权消灭。

行为发生期限，是债权人自债务人的行为发生之日起五年内行使撤销权的期限。行为发生的五年期限，适用于债权人由于客观原因不可能知道债务人已经放弃债权或者处分财产的情况。如果知道或者应当知道，则适用一年而不适用五年。债权人自债务

人行为发生之日起，因客观上不知道，五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

这里的“一年”和“五年”两种期限是不变期限，不发生中止、中断或者延长。

四、关于贷款人行使撤销权的债权范围问题

贷款人行使撤销权而提起撤销权诉讼，其诉讼请求中的债权数额应以其对借款人所享有的债权数额为限而不得超过。但是，贷款人诉讼请求的债权数额少于借款人享有的债权数额，则为允许。在诉讼请求数额等于或者少于对借款人享有债权数额的情况下，人民法院就借款人主张的部分进行审理，未主张的部分不予审理；对超出对借款人享有债权数额部分的诉讼请求则不予支持。

这里的债权数额，包括本金，也包括利息。利息虽是从债权，但也包括在债权之内，贷款人在行使撤销权时可以主张。

人民法院在审理过程中确定债权数额后，依法撤销相应的借款人的行为。例如，人民法院审理认定贷款人对借款人享有 2 万元债权，而借款人放弃到期债权是 3 万元，那么，只能判决撤销借款人放弃到期 2 万元债务的行为。至于借款人放弃另 1 万元到期债权，没有损害贷款人利益，人民法院和贷款人都无权干涉借款人对自己的债权的自由处分。

五、其他几个问题

1. 管辖问题

撤销权诉讼与代位权诉讼一样，适用普通地域管辖，由被告住所地人民法院受理。在民间借款撤销权诉讼中，借款人是被告人，故由借款人住所地人民法院管辖。如果贷款人向受益人或者受让人住所地人民法院提起撤销权诉讼的，该人民法院不予受理，

告知贷款人向借款人住所地人民法院起诉。

2. 共同诉讼问题

《合同法解释》第二十五条第二款规定："两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。"从这条规定中可以看出，民间借款的撤销权也存在共同诉讼问题，并与代位权共同诉讼一样有三个条件构成，即有两个或者两个以上贷款人（包括其他债权人），被告为同一借款人，诉讼标的同一。符合上述条件，人民法院作为共同诉讼合并审理。

3. 费用负担问题

由于借款人放弃到期债权或者转让财产造成贷款人损害，致使贷款人提起撤销权诉讼的，那么，贷款人由此所支出的必要费用，如律师代理费、差旅费、诉讼费等，应当由被告借款人负担；第三人有过错的，应当适当分担。但是，贷款人行使撤销权败诉的，则由贷款人自负。

第五节　民间借款担保诉讼

民间借款合同设定担保后，借款人没有履行到期债务，担保人也没有履行担保义务，或者发生借款担保纠纷，作为担保权人的贷款人可以向人民提起诉讼，通过诉讼程序确认担保关系，解决担保纠纷，实现担保借款债权。这节介绍以贷款人（民间借款中的担保权人，下同）为原告，以借款人和担保人为被告的民间借款担保合同纠纷诉讼中有关几个问题。

一、借款担保诉讼中的被告问题

在以贷款人为原告的借款担保诉讼案件中，可为被告的当事

人有借款人和担保人。但是，借款人和担保人是否同时都成为被告，要视贷款人起诉情况而定。在实践中，民间借款担保案件中的贷款人提起诉讼所涉及的被告有以下几种情况：

1. 贷款人将借款人和担保人作为共同被告提起诉讼

在民间借款合同和其担保合同中，借款人是债务人，担保人是从债务人。贷款人为了实现债权，在通常情况下，都将借款人和担保人作为共同被告诉至人民法院，请求人民法院判令借款人偿还借款和担保人承担担保责任。这是借款担保诉讼常见的情况。

2. 贷款人单诉借款人

贷款人在起诉时，借款担保权因担保期间已过或者担保人已履行义务等原因而消灭，或者贷款人放弃担保权的，可以单诉借款人，而不诉担保人。在这种情况下，贷款人提起的诉讼实际上是民间借款合同纠纷诉讼，而不是民间借款担保合同纠纷诉讼。在贷款人单诉借款人的情况下，除贷款人在诉讼中依法追加担保人为被告外，人民法院一般不得依职权追加担保人为被告，也不得追加担保人为第三人参加诉讼。

3. 贷款人单诉担保人

借款人出现某些特殊情况，致使贷款人对其提起诉讼有困难的，贷款人可以单诉担保人，要求人民法院判令担保人先予清偿担保债权。从实践来看，可以单诉担保人的特殊情况主要有：借款人下落不明，又无明确住址；借款人死亡，继承人尚未继承遗产，或者无遗产可供继承；借款人企业解散、终止，其权利义务承受人尚未确定；借款人住所变更、移居境外等原因致使贷款人主张债权发生重大困难；法律规定和法院认可的其他情况。

在正常情况下，贷款人单诉担保人的，人民法院可以通知借款人作为共同被告参加诉讼。但有上述特殊情况，追加借款人为共同被告，有的无必要，有的不可能，有的虽可追加进行缺席判

决，但不利于及时保护和实现贷款人的合法债权。因此，可以单独以担保人为被告提起诉讼，由人民法院判令担保人承担担保责任，以实现贷款人担保债权。

4. 贷款人单诉一般保证的保证人

一般保证人在借款合同纠纷未经审判或者仲裁，并就借款人财产依法强制执行前，对贷款人可以行使先诉抗辩权，拒绝先行承担保证责任。因此，一般保证中的借款人是必要共被告，如果贷款人单诉一般保证人，人民法院应当依职权通知借款人作为共同被告参加诉讼，或者通知贷款人追加借款人为共同被告。贷款人拒不追加的，为了保证一般保证人的先诉抗辩权，人民法院应当裁定不予受理。但是，我们认为，当一般保证人丧失先诉抗辩权或者依法不得行使先诉抗辩权时，贷款人在有下列情形之一的情况下，可以单诉一般保证人：借款人住所变更，致使贷款人要求其履行债务发生重大困难的；人民法院受理借款人的破产案件，破产程序终结保证人仍负有保证责任未经审判或仲裁确认的；保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的；经调查证实，借款人确无财产履行还债义务的。

5. 贷款人单诉混合担保中的保证人

《担保法》规定，在混合担保中，保证人只对物的担保以外的债权承担保证责任。据此，混合担保中的贷款人确定被告有以下几种情况：一是将借款人、物的担保人和保证人一起作为共同被告提起诉讼；二是放弃担保权单诉借款人；三是放弃保证权利只诉借款人和物的担保人；四是在符合一定条件的情况下单诉物的担保人。但是，贷款人不能放弃物的担保将借款人和保证人作为共同被告提起诉讼，要求保证人承担全部担保责任，更不能单诉保证人，承担全部担保责任。不然，将会违反担保法的规定，加重保证人的担保责任。但贷款人明确表示保证人不承担担保物价

值范围内的担保责任，也可诉借款人和保证人或单诉保证人。

二、借款担保的诉讼时效问题

民间借款合同纠纷诉讼时效通常适用一般诉讼时效，即借款合同期限届满之日起二年内为有效诉讼时间。民间借款没有约定还款期限的，贷款人随时可以提起诉讼。民间借款担保合同是民间借款合同的从合同，其诉讼时效通常随民间借款合同的诉讼时效而定。

在理解民间借款担保诉讼时效时，要注意诉讼时效与保证期间是两个不同的概念。保证期间可以由当事人约定，保证期限届满的法律后果是保证担保权利的消灭，免除保证人的保证责任；诉讼时效是法定的，诉讼时效期间届满的法律后果是胜诉权的丧失。贷款人在借款到期后，无论是在保证期间内，还是在保证期限届满后，均有权向借款人和保证人提起诉讼。贷款人在保证期间内提起诉讼，如果借款保证合同有效，且在保证期间内，保证人就要承担保证责任，应当履行代为清偿债务义务。贷款人在保证期间届满后而在诉讼时效期间内提起诉讼的，人民法院应当受理，通过审理确认保证期限届满的，判决免除保证人的保证责任。贷款人在保证期间届满后又超过诉讼时效提起诉讼的，人民法院亦应受理，经审理，如无诉讼时效中断、中止、延长情形的，判决驳回诉讼请求。

关于民间借款保证案件的诉讼时效中断问题，因保证方式不同而分为两种情况：一是一般保证中的贷款人在保证期间内，已经提起诉讼或者申请仲裁（民间借款保证合同纠纷一般不适用仲裁程序）的，诉讼时效中断。一般借款保证案件诉讼时效中断的事由只是贷款人在保证期间内已向人民法院提起诉讼。贷款人以其他方式要求一般保证人承担保证责任，如向保证人催讨等，则

不发生诉讼时效中断；二是借款连带保证合同对保证期间没有约定或者约定不明确的，贷款人在法定六个月保证期限内已经提起诉讼等，适用时效中断。

关于借款抵押和质押担保案件的诉讼时效问题。《担保法》未明确抵押和质押合同必须约定担保期限。但我们认为，根据自愿约定原则，民间借款担保合同的当事人在抵押和质押合同中约定担保期限也应当允许。如已约定担保期限而贷款人超逾期限未主张权利的，免除抵押人和质押人的担保责任；在担保期间内提起诉讼或者申请仲裁的，应当适用诉讼时效中断。若未约定担保期限的，适用一般诉讼时效规定，即自借款合同履行期届满之日起二年内。

关于借款担保诉讼时效的中止问题。诉讼时效中止，是在时效进行中因不可抗力或者其它障碍，阻碍权利人提起诉讼，应暂时停止时效期间的进行，以前经过的时效期间仍然有效，待阻碍诉讼时效进行的原因消除后，时效继续计算的制度。《民法通则》第一百三十九条规定："在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其它障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算"。民间借款担保纠纷的诉讼时效中止适用这一规定。诉讼时效中止的法定事由是最后六个月内发生不可抗力或者其它障碍。借款担保债务是从债务，贷款人出现上述事由而致诉讼时效中止的，那么，借款担保纠纷诉讼时效随之同时中止。但是，独立于借款合同的担保合同，不因借款合同出现中止事由而随之中止。

贷款人超过诉讼时效期限未提起诉讼，担保人自愿履行担保义务的，不受诉讼时效限制。超过诉讼时效期间，并且没有诉讼时效中止、中断或者延长情况，贷款人向人民法院请求担保人承担担保责任的，人民法院判决驳回其诉讼请求。诉讼时效期间届

满后，贷款人只是丧失了依照诉讼程序强制义务人履行义务的权利，即实体意义上的诉权，并没有丧失程序上的起诉权，因此，诉讼时效届满后，借款担保权人起诉并符合起诉条件的，人民法院仍应立案审理，而不应通知不予受理或者裁定驳回起诉。人民法院受理后，经调查、审理，证明诉讼时效期间确已届满，且无中止、中断事由的，判决驳回诉讼请求。

三、借款担保的财产保全问题

《民事诉讼法》规定的财产保全，原则上适用民间借款担保案件，但因担保方式不同和担保物情况不同，担保案件的财产保全应当考虑《担保法》的有关规定和借款担保的特殊性。

在正常情况下，不得对一般保证人的财产采取保全措施。一般保证人在借款合同纠纷经审判并就借款人财产依法强制执行仍不能履行债务后才开始承担保证责任，在此之前，一般保证人可以拒绝承担保证责任，因而，在起诉前或者在诉讼中，是不可以对一般保证人的财产采取保全措施的。但是，当一般保证人丧失先诉抗辩权后，则可依法对其财产采取保全措施。

不得对第三人作为抵押人的非抵押财产采取保全措施。在担保案件起诉前或者诉讼中，贷款人发现抵押人有可能转移、隐匿、毁损、出卖抵押物，会使将来生效的判决不能执行或者难以执行的，可以申请人民法院采取财产保全措施。但是，第三人作为抵押人是以自己的特定财产作抵押的，除抵押物外，其他财产与借款抵押担保无关，因而，在正常情况下不得对第三人作为抵押人的非抵押物采取财产保全措施。如果借款人即抵押人，因为借款人的所有财产都是债务责任财产，故可对其非抵押财产采取保全措施。

不宜对质物采取保全措施。贷款人作为质权人因为已经占有

质物，在通常情况下，不会发生因出质人的行为造成将来的判决难以执行和不能执行的问题。若确需保全的，则可采取保全措施。

四、借款担保案件的调解问题

民间借款担保案件与民间借款纠纷案件一样，在诉讼程序中可以以调解方式结案。在法院调解过程中，贷款人与借款人、贷款人与担保人可以按照借款合同和其担保合同原定的内容达成一致意见，也可以改变原借款合同或者担保合同的内容达成一致意见，只要调解自愿，内容合法，人民法院都可以认定有效。

在借款合同纠纷和其担保合同纠纷合并审理时，诉讼当事人有贷款人、借款人和担保人，因而，是否同意采取调解方式，调解内容商定，可以由三方自愿协商一致，达成协议。但是，民间借款合同与民间借款担保合同是两个相对独立的合同。在民间借款合同中，贷款人的对方当事人是借款人，而不是担保人，当贷款人与借款人就返还借款本金、支付利息等内容经调解达成一致意见的，如放弃部分本金、降低利率或者放弃利息等，若不加重担保人的担保责任，担保人不得反对，但贷款人和借款人经调解放弃后，借款债权小于其担保债权的，应当同时相应地减轻担保人的担保责任。在民间借款担保合同中，贷款人的对方当事人是担保人，在调解时，贷款人全部或者部分放弃担保人的担保责任，是贷款人对自己担保权利的区分，借款人不得反对。

在单诉借款人的案件中，因为担保人不是诉讼当事人，故调解书中不得有担保人的责任承担。在单诉担保人的案件中，也因为借款人不得诉讼当事人，故调解书中不得有借款人的还债义务。

民间借款担保案件的当事人在诉讼过程中达成调解协议的，由人民法院制作调解书，确认其效力。调解书送达各个当事人签收后，即具有法律效力。当事人不愿调解，或者经调解未达成协

议，或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

五、借款担保案件的判决情况

人民法院对民间借款担保案件作出判决，在实体处理上主要有以下几种情况：

1. 驳回诉讼请求

经过开庭审理，人民法院认定，贷款人提起担保诉讼时已经超过诉讼时效期间，或者借款担保关系不成立，或者担保人已经履行担保义务等，因贷款人对担保人诉讼请求不成立，故判决驳回其诉讼请求。

2. 判令借款人履行债务，同时判令担保人承担担保责任

民间借款合同和其担保合同并诉的案件，经审理均有效，且证据充足、事实清楚的，应当判令借款人履行还款付息义务，同时，判令担保人承担担保责任。

人民法院判令担保人承担担保责任，因担保方式不同，判决书主文的内容也不同。对连带责任保证合同，判令保证人对借款人的本金、利息及贷款人实现债权的费用承担连带清偿责任；对一般保证合同，判令保证人在借款人的财产经强制执行后仍不能履行债务的，承担清偿责任；对抵押或者质押合同，判决借款抵押权人对抵押物或者质物的价款有优先受偿权；对混合担保合同，判决借款担保权人的对抵押物或者质物的价款有优先受偿权，保证人对担保物价款不足清偿债务的部分承担保证责任。

3. 判决免除保证人的保证责任

免除保证责任主要适用于贷款人在保证期间内未主张担保权利，而在保证期间届满后提起诉讼的情况。在这种情况下，民间借款保证合同虽然成立有效，但保证人不再承担保证责任，故判决免除保证人的保证责任。

4. 判决担保人不承担担保责任

这种判决主要适用于担保合同未成立、未生效或者无效的情况。担保合同未成立、未生效或者无效，担保人自始没有担保责任，故不是免除担保责任问题，而是不承担担保责任问题。也有些人民法院以贷款人诉讼请求不成立为由，对未成立、未生效和无效的担保合同，判决驳回贷款人对担保人的诉讼请求。

第六节　民间借款案件的强制执行

民间借款案件的强制执行，是指人民法院按照法定程序，运用国家强制力，强制债务人履行已经发生法律效力的有关民间借款的判决、裁定以及其他法律文书所确定的债务的执法活动。民间借款案件经人民法院裁判和公证机关赋予强制执行效力，债务人仍不履行义务，债权人可以申请人民法院强制执行。民间借款案件的强制执行权只能由人民法院实施，其他任何机关都不得对民间借款案件强制执行。

一、民间借款的执行根据

执行根据，是指权利人申请执行和人民法院据以执行的生效法律文书。民间借款案件的强制执行与其他执行案件一样必须有执行根据，且其执行根据必须是人民法院作出的具有金钱给付内容的发生法律效力的法律文书和公证机关出具的赋予强制执行效力的公证债权文书。

根据《民事诉讼法》和有关法律的规定，民间借款案件的执行根据主要有：

（1）人民法院作出的具有借款给付内容的民事判决书、裁定书和调解书；

（2）人民法院向借款人发出的支付令；

（3）人民法院对民间借款案件作出的执行回转裁定书；

（4）公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿民间借款的公证债权文书；

（5）人民法院就民间借款案件作出的财产保全和先予执行的裁定书。

此外，与民间借款相关的执行根据还有：人民法院对妨害民间借款诉讼行为人作出的罚款决定书，人民法院对违法借款行为人作出民事制裁的罚款决定书。从严格意义上讲，这两种法律文书不是民间借款案件自身的执行根据，而是惩罚违法行为人的执行根据。

在实践中，不少民间借款纠纷通过乡村组织调解解决。乡村组织的调解是民间调解，所形成的调解文书对双方当事人具有一定约束力，但不具有强制执行法律效力，故不能成为人民法院的执行根据，即贷款人不能以民间调解书为依据申请人民法院强制执行。

二、贷款人申请是启动执行程序的方式

在民间借款案件的生效法律文书中，权利人绝大多数是贷款人。根据《民事诉讼法》的规定，权利人在一定条件下可以依法申请人民法院强制执行。因而，民间借款案件的贷款人如果是生效法律文书中的债权人则有依法申请执行的权利。当然，借款人如果是生效法律文书中的权利人也可以申请执行，但这种情况极为少见。这里讨论分析贷款人申请执行问题。

民间借款的申请执行，是指民间借款法律文书生效后，借款人和其他债务人拒不履行清偿债务义务，贷款人依法向人民法院请求对借款人和其他债务人的财产予以强制执行的行为。贷款人

申请执行，是启动民间借款执行程序的方式。当贷款人作为债权人提出执行申请并为人民法院接受后，便成为申请人，借款人便成为被执行人。如果民间借款生效，法律文书中裁判担保人承担担保责任或者第三人负有履行债务义务的，那么，担保人或者第三人也是债务人，只要贷款人对其提起执行申请，这些债务人也成为被执行人。

贷款人向人民法院申请强制执行，必须同时具备以下六个条件：

1. 申请执行的民间借款法律文书已经生效

只有生效的法律文书才能作为执行根据。法律文书未生效，当事人的权利义务关系尚未最后确定，当事人一方申请执行缺乏有效的根据，人民法院无法予以执行。在实践中，有些贷款人以未送达或送达不合法的调解书、正在上诉阶段的裁判文书为根据申请法院执行，对此，人民法院应当告知贷款人待生效后再申请执行。

2. 债务人在生效法律文书确定的期限内不履行义务

债务人如果在法律文书生效前自觉履行了义务，该案已经了结，就不存在贷款人再申请法院强制执行问题。贷款人只有在债务人在生效法律文书规定期满后仍拒不履行义务时，才可以申请人民法院强制执行。民间借款法律文书规定的履行期，不等于生效期，绝大多数的履行期迟于生效期，从生效期到履行期这段隔距时间，是给予债务人自动履行的时间。履行期满后，债务人仍不履行义务的，贷款人才可行使申请执行权。

3. 申请人必须是生效法律文书确定的债权人或其继承人、权利承受人，被执行人必须是同一生效法律文书中的债务人

在民间借款执行案件中，申请人是生效法律文书中已经确定的债权人，被申请执行人是同一生效法律文书中已经确定的债务

人，这是申请执行关系中不变的双方当事人，也就是说，债务人不可能成为申请人，债权人不可能成为被执行人。但是法律文书生效后，出现作为债权人公民死亡，企业合并、分立、撤销等情况，由谁作为申请人行使申请权呢？根据有关法律规定，权利承受人可以代替债权人行使申请执行权，并可承受执行取得的标的物。

4. 必须在法定期限内提出申请

法定申请执行期限，是指权利人应当在生效法律文书规定履行期间的最后一日起一定时间内申请人民法院强制执行的期限。根据《民事诉讼法》第二百一十九条规定，申请期限分为两种情况：一是双方当事人都是法人或其他组织的，申请执行期限为6个月；二是当事人双方或一方是公民个人的，申请执行期限为1年。申请执行期限从法律文书规定的当事人应当履行义务期限的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从法律文书规定的每次履行期限最后一日起计算本次申请执行期限；法律文书没有明确规定履行期限的，应从法律文书发生法律效力之日起计算申请执行期限。无正当理由逾期申请的，人民法院裁定不予受理执行。

5. 必须向人民法院提出申请

这是权利人行使申请执行权的形式条件。申请执行有书面申请和口头申请两种形式。但无论是书面申请还是口头申请，都应当表明：申请执行的事项、理由；被执行人拒不履行义务的事实、证据；执行标的额的数量；被执行人的自然情况、经济状况以及可供执行的财产状况。民间借款案件虽经裁判或者公证，其法律文书亦已生效，但贷款人未向人民法院申请执行，也不发生执行程序。

6. 申请执行的民间借款案件属于受申请的人民法院管辖

这里有两个要求：一是贷款人申请执行的民间借款案件必须

属于人民法院受理执行范围。经人民法院裁判和经公证机关赋予强制执行效力的民间借款案件，只要具有给付内容，就都属于人民法院受理执行范围，而经民间调解或者乡、镇政府以民间纠纷作出处理决定的民间借款案件不属人民法院受理执行范围。二是必须向有管辖权的人民法院申请执行。人民法院作出的民间借款的判决书、裁定书、调解书、支付令，由第一审人民法院执行，公证强制执行法律文书由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。贷款人向无管辖权人民法院申请执行的，该人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院申请执行。

此外，贷款人在申请执行时应当向人民法院提交申请执行书、据以执行的生效法律文书副本、身份证明等材料。

人民法院经审查认为申请执行符合条件的，应当在接到申请之日起三天内予以立案执行；认为不符合条件的，在接到申请之日起七天内裁定不予受理。

三、民间借款案件不属审判员移送执行范围

有些民事案件，权利人没有申请执行，审判员可以依职权将生效法律文书移送给执行员，由执行员对义务人实施强制执行。根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行规定》）第19条第2款规定，审判员可以移送执行的范围是：具有给付赡养费、扶养费、抚育费内容的民事判决书、裁定书、调解书，刑事附带民事判决书、裁定书、调解书中的财产部分，民事制裁决定书。由此可见，以贷款人为权利人的民间借款案件不属移送执行范围，也就是说，民间借款案件生效法律文书中的债权人没有申请执行，审判员通常不依职权移送执行。在民事案件的生效法律文书中，当国家作为权利人时，因人民法院代表国家行使审判权，无需国家提出申请，审判员就

应当移送执行员执行。在民间借款案件中，这类可移送执行的法律文书主要有：人民法院对妨害诉讼行为人作出的罚款决定书和制裁违法民事行为人作出的罚款决定书。

四、强制执行措施的适用

在审理过程中，民间借款诉讼的争议标的物是金钱，故生效法律文书确定的权利义务也是金钱债权债务关系，那么，民间借款案件强制执行的目的便是实现贷款人的金钱债权。但是，执行标的物与诉讼标的及执行目的不一定相同。被执行人有金钱可供执行的，借款人的金钱是执行标的物，应当首先执行其金钱，以直接实现贷款人的金钱债权。如果被执行人没有金钱却有财物可供执行或者以物提供担保的，那么，被执行人的财物和担保物便是执行标的物，人民法院就应当执行其财物，换取价款，实现贷款人的金钱债权。由此可见，民间借款案件的强制执行可采取金钱和财物两大类措施。

（一）强制执行金钱措施的适用

根据《民事诉讼法》和《执行规定》的有关规定，民间借款案件中的被执行人如有金钱可供执行的，视被执行人的金钱所处情况不同，人民法院可采取查询、冻结、划拨、扣留、提取等强制执行措施。

1. 查询、冻结、划拨

这些金钱执行措施，主要适用于被执行人在银行、信用社和其他有储蓄业务单位有存款的情况。人民法院执行人员发现被执行人在上述单位有存款的，可以采取查询、冻结、划拨措施。

查询，是人民法院向金融机构调查、询问被执行人存款情况的执行方法。查询的目的是通过调查、询问等方法了解掌握被执行人的存款情况和其他有关履行能力状况。执行人员向有关金融

机构提供符合规定的查询手续后，有关金融机构要及时如实地提供被执行人的存款情况和有关资料。查询在执行存款中是十分重要的，特别是在被执行人隐瞒存款的情况下，执行存款是否成功，关键是看查询。通过查询，发现被执行人有存款，才能采取冻结、划拨措施，从而使执行成功。事实上被执行人有存款，但查不出其开户银行和存款下落，冻结、划拨就无法着手。

冻结，是人民法院对被执行人存款依法不准动用的一种措施，目的是禁止被执行人动用其存款，促使被执行人履行义务。如果存款被冻结后被执行人仍不履行义务，冻结则为划拨、提取作好了准备。由此可见，冻结还不能使被执行人存款的所有权转移给申请人。

划拨，是指人民法院委托有关金融机构将被执行人的存款强制拨付、提取给申请人的一种执行措施。划拨是一种强制处分的执行措施，采取这种措施无须被执行人同意，只要人民法院出具的手续符合要求，有关金融机构就必须办理，将被执行人的存款拨付给申请人或由人民法院提取交付申请人。划拨有很强的实现性，采取这种措施能够直接有效地实现执行目的。

人民法院决定冻结、划拨被执行人的存款，应当作出裁定，并向协助执行的金融单位提供有关文书和材料。协助执行的金融单位经审查认为符合规定的，应当及时办理冻结、划拨手续。冻结、划拨的存款数额不得超出被执行人应当履行的债务数额。

2. 扣留、提取

扣留，是人民法院委托被执行人所在单位或有关单位保存并不准被执行人领取其收入的一种强制执行措施。扣留是保全性执行措施，目的是限制被执行人动用或处分有关款项。

在采取扣留措施时，要注意其两个特点：一是扣留是委托实施行为，即由人民法院委托被执行人所在单位或有关单位代为实

施，由受托单位保存被执行人的收入，不准被执行人领取。如果人民法院直接从有关单位取得被执行人的收入，就不是扣留，而是提取。二是扣留的对象特定，即被执行人公民个人的劳动收入，如果被执行人是法人或其他组织，则可适用冻结、划拨等执行措施。

提取，是人民法院依法取出被执行人在有关单位的劳动收入或者存款并交给申请执行人的一种强制执行措施。提取是实现性执行措施，只要将款项提出并交付申请人即可实现目的；提取可以是被执行人公民的劳动收入，也可以是被执行人公民的存款。扣留委托有关单位办理，提取不需要委托，而直接要求有关单位协助执行。

被执行人在其所在单位或有关单位有劳动收入尚未领取，如果一次性足以清偿债务，且已具备提取条件的，可以直接采取提取措施；如果被执行人需在较长的时间内积累劳动收入才能满足执行要求的，则可先采取扣留措施，待到留足适当数额时予以提取。法律没有规定扣留多少数额、多少时间才可以提取，这些问题由人民法院视具体情况决定。

被执行人公民的收入转为储蓄存款的，首先应当责令其交出存单，然后凭存单、提取裁定书和协助执行通知等手续提取。如果被执行人公民拒不交出存单，人民法院应当作出提取其存款的裁定，向有关金融机构发出协助执行通知书，并附生效法律文书，然后提取存款清偿债务。

（二）强制执行财物措施的适用

作为被执行人的借款人和保证人无金钱却有财物，或者抵押人、出质人作为被执行人时，人民法院需要执行被执行人的财物。金钱与财物是不同的执行标的物，为适应对财物的执行，法律规定对财物所采取的强制执行措施不同于对金钱的执行。人民法院

依照法律的规定，对财物所采取的强制执行措施主要有：

1．查封、扣押

查封，是人民法院将被执行的财物查明清点后，贴上封条或公告进行封存，不准任何人使用、处分的执行措施。

扣押,是人民法院将被执行的财产运往异地或者就地扣留,暂不准许任何人使用、处分的执行措施。

查封和扣押的目的是保全被执行的财产，因而是保全性执行措施。人民法院依靠强制力并依职权实施查封、扣押，取得对被执行财物的控制权，从而实现保全目的，但尚未改变所有权，该财物的所有权仍属被执行人。同时，查封和扣押也是督促执行措施。人民法院对被执行财产采取查封或扣押措施后，仍应责令被执行人履行金钱债务（物的担保除外），如果被执行人在查封、扣押期间履行了金钱债务，就应当解除查封、扣押措施，返还被执行财物。

查封、扣押的基本程序要求有：人民法院作出查封或者扣押裁定，送达当事人和协助执行单位；通知被执行人和有关人员到场，清点被查封、扣押财产，并造具清单，由在场人签名或盖章后，交被执行人一份；贴上封条或者张贴公告，对被扣押的财物落实保管措施。

2．拍卖、变卖

拍卖，是指人民法院将被执行的财产委托拍卖机构以公平竞争的形式，转让给最高应价者，以价款清偿债务的一种处分性强制执行措施。这里所谓的拍卖是一种强制执行措施，与《拍卖法》中的拍卖是不同的，后者是一种经营方式。但是，人民法院对查封、扣押的被执行人财产进行变价时，应当委托拍卖机构进行拍卖，也就是将强制措施通过经营方式实现。

强制拍卖被执行的财物，应当同时具备以下四个条件：

（1）必须有拍卖根据。强制拍卖的根据主要是据以执行的法律文书和拍卖裁定书。因此，执行法院在委托拍卖前，必须作出拍卖裁定书。

（2）被强制拍卖的物品必须已被查封或扣押。进入拍卖程序的被执行的物品，必须是已被查封、扣押的物品，如果尚未查封、扣押，执行法院尚未占有或控制被执行人的财产，委托拍卖机构拍卖就不能完全保证买受人取得拍卖物。

（3）被执行人在指定期限内不履行法律文书确定的义务。被执行人的财产被查封、扣押后，人民法院责令其在一定期限履行义务，而被执行人仍不履行，方可将已查封、扣押的物品进行拍卖。如果被执行人在责令期限内履行义务，被查封、扣押的物品应当返还被执行人，不得再行拍卖。

（4）强制拍卖的物品具有可转移性。禁止流通的物品，如金银、文物、毒品等，不得公开拍卖，只能交付有关单位收购或没收。

同时具备上述四个条件，执行法院才可委托拍卖机构强制拍卖被执行人的财产。拍卖所得价款清偿申请人的债权。

变卖，是人民法院对查封、扣押的财产交给有关单位出卖或者自行组织出卖，换取价款清偿被执行人债务的一种处分性强制执行措施。变卖以普通买卖方式出卖，可以由执行法院自行出卖，也可以交有关单位出卖，还可以准许被执行人自行出卖。

在通常情况下，执行法院应当采取拍卖方式出卖被执行人的财产，因为拍卖可以取得最高价款，这既有利于被执行人清偿债务，又有利于申请执行人实现更多的债权，但这并不排除变卖在特定情况下的适用。根据《执行规定》第46条第2款规定，适用变卖有四种情况：一是被执行人的财产无法委托拍卖，如当地没有依法设立的拍卖机构；二是被执行人的财产不适用于拍卖，如

被执行人的财产为某些限制流通物品，又如价值低又系小件零星的物品等；三是申请人与被执行人双方同意不进行拍卖而进行变卖的；四是经被执行人申请，并经执行法院准许，被执行人可以自行变卖被查封、扣押的财产。此外，我们认为下列两种情况也可适用变卖：一是委托卖不成的，拍卖结束后，可以进入变卖程序出卖；二是执行法院认为变卖比拍卖更方便执行并更有利于双方当事人的。

人民法院决定变卖的，应当对变卖的财物委托有关单位进行估价，作出变卖裁定。变卖成交后，价款用于清偿申请人的债权。

3. 以物抵债

以物抵债，是指在执行过程中以被执行人所有的财产折价交给申请执行人抵偿法律文书确定的债务。

在执行过程中，借款人无金钱清偿债务，却有财物愿意抵债，贷款人也同意的，以物抵债成立，从而消灭债权债务关系。这是自愿以物抵债，是消灭民间借款关系的常见情况。我们这里讨论的是，在被执行人不同意的情况下的强制以物抵债。

根据《适用民诉法意见》第302条的规定精神和强制以物抵债的特点，执行法院实施强制以物抵债措施，应当同时具备以下几个条件：

（1）被执行人无支付金钱能力。被执行人有现金或存款可供执行，应当直接执行其现金或存款，使之符合金钱给付生效法律文书的要求。但是，被执行人没有现金或存款可供执行，其财产又无法通过变价程序取得价款清偿债务，这时，强制以物抵债也就有其必要。

（2）被执行人的财产无法拍卖或变卖。被执行人无支付金钱能力而其财产被查封、扣押后，拍卖或变卖是强制以物抵债的前置程序。拍卖或变卖能够以物换取价款，又因民间借款案件中的

申请执行人只要钱不要物，所以，应先进行拍卖或变卖。只有在无法拍卖或变卖，或者拍卖或变卖不成后，才可以强制抵债。

（3）申请执行人同意。强制以物抵债中的强制是对被执行人而言的，被执行人不同意以物抵债，不影响法院强制执行，但对申请执行人不存在强制问题。在金钱给付的民间借款案件中，申请执行人的权利是取得金钱并非财物，当法院将金钱给付变更为财物交付时，实际上改变了生效法律文书确定的执行内容，因此必须经申请执行人同意。

（4）抵债物价值已经有关部门评估。抵债物价款过高不利于申请执行人，价款过低不利于被执行人，而执行法院不具有专业估价职能和水平。因而，在以物抵债前，抵债物的价款要先经有关资产评估部门评估，然后予以抵债。

强制以物抵债应当作出裁定，该裁定一经送达即发生法律效力，然后将抵债物交付给申请执行人。借款债权债务关系就已抵债部分消灭。

（三）强制执行金钱和财物都适用的措施——搜查

民事执行中的搜查，是指人民法院对拒不履行生效法律文书确定的义务并隐匿财产的被执行人的人身、住所地或者财产隐匿地进行搜索、检查的一种强制执行措施。人民法院在金钱给付案件的执行程序中，发现被执行人有隐匿财产行为的，可以发出搜查令，对被执行人的人身、住所地、财产隐匿地进行搜查。搜查的标的物可以是被执行人的金钱（包括现金、存单、有价证券），也可以是被执行人的财物。通过搜查获取被隐匿的财产，以实现申请执行人债权的需要。

在执行民间借款案件中，搜查取得的财产是现金的，应当将现金交付申请执行人，用于清偿被执行人的债务；搜取存折的，通过提取措施，将提取的现金交付给申请执行人；搜取的财物是动

产的，先予扣押，然后通过拍卖、变卖等变价程序，换取价款清偿债务；搜取的财物是法律禁止流通或者限制流通的物品，交有关部门处理或者收购，其价款可清偿债务。

人民法院的执行程序是一门法理性、实践性很强的学问，这里不能全面论述，读者如有兴趣，请阅读本人所著的《法院执行实务新论》（人民法院出版社出版）。



第十四章　与民间借款有关的犯罪及刑事责任

正常的民间借款活动，能够使闲散的民间资金得以融通和利用，对人们的生活、生产和市场经济发展都有好处。但是，当某些个人或单位直接或变相利用民间借款这种融资方式，作出擅自设立金融机构、非法吸收公众存款、集资诈骗等违法犯罪行为时，就会破坏正常的金融秩序，阻碍市场经济发展，严重的还会造成社会混乱。如阿尔巴尼亚非法吸收存款导致政局动荡，又如国内农村基金会非法吸收公众存款和沈太福、邓斌非法集资造成当地金融秩序混乱等，都说明惩治此类犯罪的必要性和重要性。鉴于国内外的经验和教训，1997 年修订的刑法新设了擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等。这些犯罪与民间借款有一定的关联，下面逐一予以分析。

第一节　擅自设立金融机构罪——大多从事民间借贷

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第一百七十四

条规定："未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金……。单位犯前二款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接人员，依照第一款的规定处罚。"这是一条关于擅自设立金融机构罪的规定。擅自设立金融机构行为，其结果不仅破坏了银行存贷秩序，同时也扰乱了正常民间借款秩序，最终导致金融秩序的混乱，故应依法追究行为人的刑事责任。

一、擅自设立金融机构行为与民间借款的关系

擅自设立金融机构，是指行为人未经人民银行批准，自行非法设立商业银行或者其他金融机构的行为。这种犯罪虽是设立机构上的犯罪，但当这种机构开展金融业务活动后，则会破坏金融秩序，对社会造成危害。

从实践情况来看，擅自设立的非法金融机构，绝大多数是以营利为目的的，一方面吸收公众存款，付出高于银行储蓄利率的利息，另一方面也进行出借活动，又以高于银行贷款利率收取利息。这些非法机构，有的学银行的经营形式，吸收公众存款称储蓄，出借资金称贷款；也有的采用民间借款形式，借入借出都出具借据。但是，无论其采取哪种经营形式，吸收的存款绝大多数是民间资金，同时，所吸收的资金也绝大多数向民间出借。当其向民间吸收资金时，本质上属于民间借款人，当其向民间出借时，实际上是民间借款中的贷款人。因而，这种非法机构所从事的融资活动，在很大程度上是一种非法民间借款活动。

从现实来看，这些非法金融机构，特别是所谓的基金会、互助会、温州地区的"民间融资服务部"以及"钱庄"等，绝大多

数是由自然人合伙或者独自设立的，也有少数是由小企业、小单位设立的，他们自身经济实力有限，注入资本金少，却大量地吸收民间资金，又大量地向民间出借资金。在这种情况下，一旦遇到信用危机，存款人就会大量挤提，而大量出借资金不能及时收回，这就会严重地破坏民间融资秩序，就会造成一个地方的社会混乱。因此，打击这种犯罪，对维护正常民间融资秩序和一方社会稳定都有重大意义。

二、擅自设立金融机构罪的构成要件

根据《刑法》第一百七十四条的规定，擅自设立金融机构罪的构成要件有：

1. 侵犯的客体是国家的金融管理制度。

商业银行和其他金融机构经营存款贷款、办理国内外结算、票据贴现等金融业务，对维护金融秩序和社会稳定有着重大的影响，因此，国家通过立法程序确立了金融管理制度，其中包括金融机构设立制度。《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）第十一条第一款规定："设立商业银行，应当经中国人民银行审查批准"。第十二条至第二十九条，还就设立商业银行的条件、注册资本、提供材料、审批程序等作了严格的规定。这些规定和其他一些相关规定构筑了金融机构设立和管理制度。遵循这些制度，对规范金融机构行为，保护存款人和其他客户的合法权益，防范金融风波，维护金融秩序，都有重要的意义。行为人擅自设立金融机构，脱离人民银行的监督和管理，侵害了国家金融管理制度。因而，《商业银行法》第七十九条规定："未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的，依法追究刑事责任，并由中国人民银行予以取缔。"

擅自设立其他金融机构，如未经人民银行批准设立的从事存贷金融业务活动的所谓的基金会、融资租赁公司、民间融资机构等，同擅自设立商业银行一样，侵犯了国家的金融管理制度，故《刑法》第一百七十四条也将其列入擅自设立金融机构罪的范围。

2. 客观方面的表现是行为人未经中国人民银行批准而作出设立金融机构的行为。

根据《中华人民共和国人民银行法》（以下简称《人民银行法》）第四条和第三十一条规定，只有人民银行才有权审批设立金融机构，只有经人民银行按照规定批准设立的金融机构才是合法的。其他任何单位和部门未得到法律的授权，都无权审批设立金融机构；任何单位和个人未经人民银行批准，都不得设立金融机构。

前些年，有些地方政府及其职能部门，以金融改革为由，乱批乱设金融机构，也有的单位、企业和个人乱办金融业务，严重扰乱了金融秩序，影响了社会安定。温州市股份、合伙、私营、个体经济发达，民间资金融通活跃。前些年，一些企业和个人利用当地这个优势，要求创办“民间融资服务部”，当地政府的体改委当时认为是一种金融体制改革，批准设立了33家，允许其向社会公众经营存款贷款等金融业务。该市一个县的体改委批准设立11家后，不同意另几个人后来上报要求合伙设立“××民间融资服务部”，县城所在地的镇政府认为，你县体改委可以批，我也可以批，于是，该镇政府也批准设立该“××民间融资服务部”。时隔六年后的1999年，该县12家“民间融资服务部”吸收公众存款近4个亿，其中，有两家“民间融资服务部”因信用问题发生挤提风波，进而影响其他10家。因为“民间融资服务部”股东的资金实力远远不足以支付存款，众多存款人因不能领取存款而到县、市政府上访，一度造成金融风波和社会混乱。由此可见，不顾金

融规律和风险，而越权审批和擅自设立金融机构具有很大的社会危害性。

根据《刑法》第一百七十四条第一款的规定："未经批准"是指未经人民银行批准。因只有人民银行才有权批准设立金融机构，故其他任何单位和部门，包括地方各级政府，擅自批准设立金融机构都属无效行为。"未经批准"，包括行为人根本未向人民银行申报而设立金融机构，也包括行为人已经向人民银行提出申请在尚未批准或者不予批准的情况下而设立金融机构，这些行为都属"擅自设立"行为。

3. 行为主体是自然人或者单位。

擅自设立金融机构的犯罪行为主体是一般主体，既可以是自然人，也可以是单位。单位，包括法人和非法人企业，也包括政府机关和事业单位；自然人，包括个人独自、多人合伙、多人入股等。温州擅自设立的"民间融资服务部"绝大多数是一些有钱的老板们搞的，先由几个人发起，然后吸收其他自然人或者单位合伙或者入股，成为一个群体组织，组建一个机构，面向公众从事存贷业务。至于暗地里操作的"钱庄"，大多数是由一个或者几个人私下设立的。一个单位或者一个企业私设金融机构较为少见。

4. 主观方面为故意，且以营利为目的。

有意设立金融机构的自然人或者单位，都应当知道需要办理批准手续，因而，擅自设立金融机构从事经营金融业务都是故意行为。行为人明知需要批准而未经批准设立金融机构，主要是考虑自己设立这种机构条件不具备，人民银行不可能批准，或者本来就不想让政府和人民银行知道而不报批。

行为人故意实施这种行为的目的，是利用所设立的机构经营存贷业务，以出借利率高于存入利息的差额，从中获取营利。只要行为人有这种目的，不论行为结果实际上是否获得营利都构成

此罪。如果行为人擅自设立金融机构不以营利为目的，如所开设的融资机构以开展慈善事业、公益事业为目的的，不应以此罪论处。

三、追究此罪应当注意的几个问题

在实践中，行为人擅自设立金融机构的情况是复杂的，进行存贷金融活动的表现形式也是多样的，有的不构成此罪却犯了彼罪，有的不构成犯罪仍应取缔，故在追究此罪时应当注意以下几个问题：

1. 超经营范围的不以此罪论处。

有些与金融机构相似的机构，已经有关部门批准开展业务活动，但超越了经营范围而进行存贷业务活动。例如，经农业行政部门批准设立的农村合作基金会，是由农村集体经济组织和农户等会员组成的，是为社区内农业、农民服务的资金互助组织，它吸收乡村集体经济组织及农户入股资金，并将该资金投放于农业生产。但是，有些农村合作基金会违背建会宗旨，擅自扩大经营范围，向社会不特定对象吸收存款和发放贷款，从中获取营利。对这种行为，不能以未经人民银行批准为由，追究行为人擅自设立金融机构罪，如果构成非法吸收公众存款罪的，则以非法吸收公众存款罪论处。当前，全国各地正在清理农村合作基金会，在此项工作中要特别注意这个问题。

2. 人大常委会《决定》前设立的，应当取缔，但不追究刑事责任。

我国1979年颁布的刑法，没有规定擅自设立金融机构罪。1995年6月30日，第八届全国人大第十四次会议通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(以下简称人大常委会《决定》)，该《决定》第六条首次设立了此罪。该条规定为后来被新《刑法》第

一百七十四条完整地吸纳。人大常委会《决定》自1995年6月30日公布之日施行，因人大常委会《决定》具有与法律同等效力，故追究此种犯罪应当自1995年6月30日开始，即实施擅自设立金融机构行为发生在1995年6月30日以来至新《刑法》实施前这段时间，应以人大常委会《决定》为依据，追究行为人的刑事责任，而新《刑法》实施后行为人实施此种行为构成犯罪的，则以新《刑法》为依据。但是，人大常委会《决定》没有溯及力，又因该《决定》公布前无此罪名，故1995年6月30日前，行为人擅自设立金融机构的，不得追究其刑事责任。

这里有一个问题需要说明：《商业银行法》第七十九条也规定了此罪，且于1995年5月10日颁布，早于人大常委会《决定》公布，那么，是否适用《商业银行法》追究这种行为人的刑事责任呢？首先，《商业银行法》不是刑法典，它只提出此种罪名，没有量刑规定；其次，《商业银行法》是1995年7月1日施行的，而人大常委会《决定》早其一日施行。全国人大在立法时已经考虑到这个问题，因此，人大常委会《决定》公布后至新《刑法》实施前，应当以人大常委会《决定》为依据追究擅自设立金融机构行为人的刑事责任。

前面已经提到的温州市的“民间融资服务部”都是在人大常委会《决定》实施前设立的。1999年下半年至2000年上半年，该市取缔“民间融资服务部”时，没有以擅自设立金融机构罪追究行为人的刑事责任，这是正确的。

3. 一些人自发的“抬会”、“招会”等，应打击而不宜按此罪论处。

在有的地方，一些群众自发组织所谓“抬会”、“招会”、“互助会”等，虽然吸收和出借大量的民间资金，破坏了金融秩序，扰乱了社会安定，可以非法吸收公众存款罪论处，但是，这些

"会"通常没有办事机构，没有挂牌经营，内部组织松散，故不宜以擅自设立金融机构罪论处。个人合伙或者独自非法设立各种名义的"钱庄"，则可以以擅自设立金融机构罪追究行为人的刑事责任。

四、擅自设立金融机构罪的刑罚

根据《刑法》第一百七十四条规定，对擅自设立金融机构罪的行为人，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯此罪的，依照上述规定，对单位判处罚金，并对单位直接负责的主管人员和其他直接人员予以处罚。

行为人擅自设立金融机构目的是为了营利，而其营利通常都利用非法吸收公众存款和非法放贷业务取得的，因而，涉及擅自设立金融机构罪与非法吸收公众存款罪两者如何处理问题。如果行为人只是擅自设立金融机构，不吸收公众存款，或者尚未吸收公众存款，或者虽已吸收公众存款但未构成非法吸收公众存款罪的，则应以擅自设立金融机构罪论处。如果非法金融机构擅自设立后，又非法吸收公众存款构成犯罪的，则应按牵连犯的处罚原则处理，即以两罪中选择法定刑重的一罪予以处罚，而不适用数罪并罚。

第二节　非法吸收公众存款罪
——大多吸收民间资金

我国法律允许自然人之间、自然人与企业之间在合法的前提下进行民间借款活动，但禁止任何单位或者个人非法吸收公众存

款。非法吸收公众存款，扰乱金融秩序的，应当追究行为人的刑事责任。

一、非法吸收公众存款罪的概念和法律依据

非法吸收公众存款罪，是指行为人违反国家有关金融管理规定，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。这种犯罪有两种行为表现形式，即“非法”和“变相”。

非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动。例如，农村合作基金会依规定只能吸收社区内乡村集体经济组织和农户的资金，然后，通过调剂投放于农业生产。但是，有些农村合作基金会却以存款的名义，出具存款凭证，向社区以外公众吸收存款，并承诺还本付息，且存款利息高于银行利率，与商业银行、信用社争揽存款，扰乱了金融秩序，这就是非法吸收公众存款行为。

变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。如有些“钱庄”以民间借款为名，以高于银行存款利息为诱饵，吸收自然人或者单位的资金，出具借条，到期还本付息，这就是变相吸收公众存款。

“变相”与“非法”的主要区别是：

“非法”以存款名义进行并出具存款凭证；“变相”则不以存款名义，而以借款、入股等名义，且出具借款条子、入股单据等凭证。但是两者仅在吸收资金的手段上有所不同，而本质是相同的，都未经中国人民银行批准，都向不特定对象吸收资金，都承诺或者实际上还本付息，都扰乱了金融秩序，因而《刑法》将变相吸收公众存款罪与非法吸收公众存款罪用一个条文加以规定。

下文所提及的“非法吸收公众存款”，如无特别说明，包括“变相吸收公众存款”内容。

非法吸收公众存款行为，既扰乱了银行存款秩序，又破坏了正常的民间借款秩序，造成金融管理混乱和失控，情况严重的，还会影响市场经济发展和社会安定团结，故应追究行为人的刑事责任加以打击。

首先设立此罪名的是1995年5月10日的《商业银行法》，该法第七十九条规定：“未经中国人民银行批准……，非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的，依法追究刑事责任；……。”此法虽设立了这种罪名，但不能也没有规定量刑幅度。人大常委会《决定》第七条完整地规定非法吸收公众存款罪，《刑法》第一百七十六条又完整地吸收了人大常委会《决定》第七条的规定：“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”这些都是追究非法吸收公众存款行为人刑事责任的法律依据。

二、非法吸收公众存款罪的构成要件

根据《刑法》第一百七十六条的规定，非法吸收公众存款罪的构成要件有：

1. 侵犯的客体是国家的金融管理制度。

非法吸收公众存款罪的侵犯客体与擅自设立金融机构罪是同一的，但具体内容不同，后者侵犯的是金融管理中的机构设立制度，而前者侵犯的是金融管理中的吸收存款制度，从事非法金融

业务活动。向社会公众吸收存款，一是须经中国人民银行批准或者法律规定许可，二是须以批准许可范围内进行或者在有关规定范围内进行。在现实生活中，有少数个人和单位，甚至金融机构，未经批准许可，擅自以各种方式和手段，向面社会公众，非法或变相吸收存款；有的以高利为诱饵，与银行竞争资金；有的吸收后高利放贷，从中牟取不当营利；有的以此非法集资，把大量资金集中起来为自己所利用。这些行为造成大量民间闲散资金失去国家的控制，流入非正常渠道，破坏吸收存款管理制度，扰乱了金融秩序。

所要注意的是，本罪的构成是以这种行为实施后造成扰乱金融秩序后果为条件的。在通常情况下，非法和变相吸收公众存款都会扰乱金融秩序，但吸收存款数量少，笔数不多，社会危害显然轻微的，不一定构成此罪。

2. 客观方面表现为向社会公开实施了非法或变相吸收公众存款的行为。

行为人已经实施了非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的行为，这是此罪构成的要件之一。在实践中，有的个人或者单位虽然擅自设立了金融机构，但由于被及时制止，或者其他原因未能实施吸收公众存款行为，此时，只能以擅自设立金融机构罪论处。

在实践中，非法吸收公众存款的行为在表现形式上是多种多样的，有的以开发经营某一项目为由，以高于银行利率为诱饵，以借款为名，非法吸收公众存款；有的以各种“基金会”、“互助会”为名，吸收资金后再高利出借而牟利；有的企业以入股为借口，吸收的股金实则为存款，届时不按规定分配红利而还本付息，这些行为实质上都是非法吸收公众存款。

这种犯罪行为在实施上还有两个明显的特点：一是面向社会

公众；二是存款人不特定。如果行为人吸收特定人的资金，则不认为构成吸收公众存款罪，而很可能是正常的民间借款，或者是内部资金调剂。如农村基金会按规定吸收社区范围内乡村集体经济组织和农户的入股资金，因入股的组织和个人是特定对象，而不是面向社会公众。如果农村基金会向社区以外的单位或者个人吸收资金，且到时归还本金、支付利息，则是非法吸收公众存款的行为。在最近清理农村基金会的工作中，不少法院不分特定对象的入股资金和非法吸收的公众存款，将特定对象的入股资金也视为非法吸收公众存款，一并计算来追究行为人的非法吸收公众存款罪，这种做法实际上是错误的。如果某农村基金会只吸收特定对象的股金，而没有向社会公众吸收存款，就以非法吸收公众存款罪处以刑罚，则是无罪作了有罪判决。

3．主体是一般主体，自然人或者单位均可成为本罪主体。

根据《商业银行法》的规定，合法吸收公众存款的单位是依法设立的商业银行、城市信用社、农村信用社、邮政企业，其他未依法批准的任何单位和个人都不得吸收公众存款。但是，上述依法取得吸收公众存款资格的主体，也不得采取违法的方法吸收公众存款。当前突出的是这些有吸收公众存款资格的主体违反人民银行统一规定的利率，以提高利率为手段争拉储户，争揽存款。这些不正当竞争行为也属非法吸收公众存款行为。没有依法取得吸收存款资格的自然人、法人或其他组织吸收公众存款，当属此种犯罪的主体。

4．主观方面是故意的，目的是非法牟利。

主观方面的故意表现为行为人明知自己没有资格吸收公众存款而为之，或者明知吸收公众存款的方法违法而为之。在非法吸收公众存款的目的上，不论是否实际上牟取盈利或者是否亏损，只要有非法牟利的目的，都不影响该罪的成立。

三、常见的几种非法吸收公众存款行为

党的十一届三中全会后，随着改革开放的深入和社会主义市场经济的发展，一些个人和单位乘机闯入金融领域，或明或暗地操起金融业务，非法和变相吸收公众存款，大量聚集民间闲散资金和其他资金，并利用这些资金进行营利活动，破坏了银行融资和民间借款的正常秩序，造成社会不安定。从几年来的社会表现情况看，非法和变相吸收公众存款行为主要有以下几种情况：

1．利用非法设立的融资机构吸收公众存款。

非法设立融资机构有两种情况，即有关地方政府及其部门越权批准设立和行为人擅自设立。

在人大常委会《决定》和《商业银行法》公布前，由于金融法律制度不健全，一些地方政府及其有关部门不懂金融规律，误认为设立融资机构是一种金融体制改革，能够促进地方经济发展，越权批准一些个人或者单位设立融资机构，允许其从事吸收社会公众存款和向社会公众发放贷款业务。这些金融机构也自以为已经政府批准是合法的，公开挂牌经营，公开吸收公众存款，公开从事金融业务。温州的“民间融资服务部”就是这种情况下的产物。我们认为，地方政府及其部门由于改革失误而批准设立，导致行为人非法吸收公众存款的，应当由该地方政府及其部门承担相应责任，同时，这些融资机构应予取缔，非法吸收公众存款应予制止，而不能追究行为人的刑事责任。但是，行为人在人大常委会《决定》公布后，这些融资机构仍然继续非法吸收公众存款的，应以非法吸收公众存款罪追究行为人的刑事责任。

在实践中，也有些个人和单位未经任何部门批准擅自设立机构非法吸收公众存款，如个别单位或者企业擅自开办所属的财务公司，向社会公开吸收资金，用于自己的生产经营，或者以高利

出借从中非法获利。对这种情况，在追究行为人的刑事责任时要注意三点：一是在人大《决定》公布前，实施擅自设立金融机构行为的，不能追究行为人的刑事责任；实施非法吸收公众存款行为的，当时以投机倒把罪论处；二是擅自设立金融机构行为发生在人大《决定》之前，而非法吸收公众存款行为持续到人大《决定》公布之后，则以非法吸收公众存款罪论处；三是两种行为均发生在人大《决定》之后的，按牵连犯的处罚原则定罪量刑。

2. 利用民间借款之名变相吸收公众存款。

在实践中，有的个人和单位有意吸收公众存款，却不敢打出金融机构牌子，又不敢利用“存款”名义，而以民间借款之名和手段，面向社会公众借取大量资金，用于自己生产经营或者以高于借入的利息出借，构成变相吸收公众存款罪。但是，对这种行为追究行为人变相吸收公众存款罪时，要注意区别与正常或过量的民间借款行为的关系。一是注意量上的区别：民间借款当事人进行借款活动，通常笔数少、金额小，个别借款人多笔借款或者大额借款也都使贷款人知道明确的用途，而非法吸收公众存款笔数多，不计较发生金额大小，凡有资金都吸收；二是注意对象上的区别：民间借款的借款人大多数向亲戚、朋友、熟人借款，而非法吸收公众存款的对象是不特定的社会公众，不论熟人还是陌生人，不论本地人还是外地人，都可以是所谓的“存款人”；三是注意用途上的区别：民间借款绝大多数用于借款人自己生产生活所需，而非法吸收的公众存款，有的也用于行为人自己的生产经营，但大多数作为贷款出借；四是注意利息上的区别：非法吸收公众存款通常都付利息，且其利率高于银行存款利率，而民间借款有的是无息的。行为人借入无息资金，或借入资金用于个人生活，或者向亲戚、朋友、邻居等特定对象借取少数几笔资金的，应当认定为民间借款；如果行为人以高于银行利率与不特定对象发

生大量借款的，就很有可能是变相吸收公众存款。

3. 利用地下“钱庄”非法吸收公众存款。

地下“钱庄”绝大多数是一个人或者几个人搞的，因政府和银行不可能批准私人设立钱庄，故钱庄都在暗地里活动。私人设立的钱庄主要从事存款放贷活动，或者称借入借出资金活动，一方面以高于银行存款的利息吸收民间闲散资金，另一方面又以高于银行贷款的利息出借资金，从中牟取营利。钱庄依靠出借资金获取营利，而出借的资金不是行为人的自有资金，而是非法吸收的民间资金，这就容易相似于民间借款，但实质上是一种变相的吸收公众存款。虽然钱庄在暗地里操作难能在较大区域里内造成严重影响，但会在一定范围内破坏了金融秩序。许多钱庄暗地里操作，没有名称挂牌经营，也难以形成一个系统性的组织，故都以非法吸收公众存款罪追究行为人的刑事责任；如果钱庄挂牌经营，同时非法吸收公众存款的，则适用牵连犯的处罚原则。

4. 利用创办企业、开发项目、承包经营之名非法吸收公众存款。

近几年，由于国家加强了金融管理，越权批准或者私自设立金融机构的行为少了，地下钱庄也难以生存，但是，非法吸收公众存款并不因此断绝，一些单位和个人利用新的形式从事这种行为的多了，如以创办企业、开发项目、承包经营等为借口非法吸收公众存款。这些行为在表现形式上大多数以民间借款形式出现，向借款人出具借据，也有的以入股为名，到时还本付息，从而掩盖非法吸收公众存款的本质。有的企业不开展生产经营活动，而是打着企业的名称，面向社会公众将资金借入，又将借入的资金借出，实际上从事非法金融活动。当然，合法成立的企业为了筹集生产经营资本而采取变相手段非法吸收公众资金，也属于非法吸收公众存款行为。

四、实践中应当注意的问题

1. 行为人实施这种行为后达到扰乱金融秩序程度的，才能构成此罪

在通常情况下，行为人非法或者变相吸收公众存款，都会扰乱金融秩序，只不过危害程度有轻有重而已。但是，有的吸收公众资金行为，不一定会扰乱金融秩序，如村民委员会向全村大多数村民借取有息资金，创办村里的公益事业，这是村民自治组织的一种集资方式，不会扰乱金融秩序，故不能认为这种行为构成变相吸收公众存款罪。又如，私营企业因周转资金困难，向本企业外的自然人借取少数几笔资金自用，到期还本付息，也不会扰乱金融秩序。

2. 这种犯罪行为表现为面向社会公众

面向社会公众，即面向的存款人是不特定的群体，这是非法吸收公众存款的法律特征。行为人只是向少数几个人，或者特定人借款，不具有面向社会公众的特征，则不构成此罪。如企业因生产经营需要，向内部职工集资，就不属于非法吸收公众存款行为。

3. 依法设立的金融机构非法吸收公众存款也构成此罪

此罪的主体为一般主体，多数是单位，依法设立的金融机构也在“单位”范围之内。依法设立的金融机构享有吸收公众存款的资格，但当其采取的方法违法时，也有可能构上非法吸收公众存款罪。从实践中表现出来的情况看，依法设立的金融机构在吸收公众存款时所采取的违法方法，大多数是擅自提高利率。金融机构的存款利率是由中央银行统一规定的，但有的金融机构为了争揽储户，擅自提高利率，与其他金融机构搞不正当竞争，违反了国家统一利率规定，同样扰乱了金融秩序，因此，这种主体也

有可能构成犯罪。

第三节　集资诈骗罪
——多数骗取民间资金

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。集资诈骗犯罪行为，不仅破坏了金融管理秩序，而且侵犯了公私财产权，对社会危害极大，故应追究行为人的刑事责任，予以严惩打击。

一、集资诈骗罪的构成要件

根据《刑法》第一百九十二条的规定，集资诈骗罪的构成要件有：

1．侵犯的客体是金融管理制度和公私财产权。

正当合法的集资活动，应当经国家有关部门批准，并在批准范围内进行，而集资诈骗是一种违反金融法律规定的行为，既不可能取得有关部门的准许，又不可能采取正当手段，同时，行为人实施集资诈骗行为的目的是将非法募集的资金占为己有，因而，这种行为既危害金融管理秩序，又侵害他人公私财产权。

2．客观方面表现为实施了“使用诈骗方法非法集资数额较大”的行为。

参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的有关规定，行为人实施集资诈骗行为包含着三个内容：

一是实际上已经使用诈骗方法。诈骗方法是指行为人采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，骗取集资款的手段。诈骗方法是非法集资的手段。构上此罪的行为人已经使

用了诈骗手段取得非法所募集的资金。在现实中，集资诈骗的手段是多种多样的，有通过违法发行有价证券、会员卡、债务凭证手段集资诈骗，有利用民间“抬会”、“标会”、“邀会”进行集资诈骗，有以签订商品经销合同、承包开发项目集资诈骗，有利用传销、秘密串联形式集资诈骗等。

二是实际上已经进行非法集资活动。非法集资，是指法人、其他组织或者个人，未经有关机关批准，向社会公众募集资金的行为。如果行为人已经有关机关批准集资，或者向特定对象筹集资金，则不构成集资诈骗罪。如农村村委会因村内创办公益事业缺资向本村村民无偿筹集资金，就不构成此罪，因为这种行为虽然无偿占用村民资金，但集资对象是特定的本村村民，没有向不特定的社会公众集资，更没有使用诈骗方法。

三是非法集资行为的结果达到数额较大以上。

3．犯罪主体是一般主体，即可以是自然人，也可以是法人，还可以是其他组织。

4．主观方面是故意，且必须是以非法占有为目的。

行为人实施这种犯罪行为在主观上是故意的，包括使用诈骗方法、非法集资和非法占有都是故意的，过失不构成此罪。非法占有，还包括将非法所募集的资金置于个人或者单位控制之下。

参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，有下列情形之一的，应当认定为“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资”：

（1）携带集资款逃跑的；

（2）挥霍集资款，致使集资款无法返还的；

（3）使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的；

（4）具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。

二、与民间借款有关的问题

从现实表现情况看，集资诈骗与民间借款有两大关系：一是诈骗所募集的资金绝大多数是民间资金。国家机关单位、国有企业、大中型企业因有严格的财务管理制度，不易被他人非法集资而诈骗，商业银行和其他金融机构的贷款被骗属于贷款诈骗，集资诈骗行为所骗取的资金绝大多数是小企业、私营企业、个体工商户和群众个人的资金。二是基于上述原因，集资诈骗与民间借款有时往往混淆在一起，行为性质有时需要鉴定，罪与非罪之间需要区别。

温州市××镇××村的王某，原是该村经济联合社主任，在家时办过钮扣厂，曾是一个富裕户，遐迩有点名气，后去北京租了两间临街店面经营纽扣、拉链批发生意。到了 1997 年 5 月出现亏损，回家以经商缺资为由向同村好友陈某借款 20 万元，月利率 20%，没有约定还款期限，并以其坐落本村的三间五层楼房作抵押。借款后，陈某外出经商，一直未向王某催讨。到了 1998 年 3 月，王某经商继续亏损而歇业回家，却谎称自己在京做纽扣、拉链外贸生意，营业额很大，利润很高，挣了不少钱，并以关心帮助他人挣钱为名套取亲朋好友入股分红，并承诺随时返还“股金”。始时，一些亲朋好友信以为真出钱“入股”，王某出具“股金收条”，后以“拆东墙、补西墙”的办法及时给所谓的“股东”高额“分红”，如“入股”5 万元，不到 2 个月就支付 1 万元“红利”。在非法集资过程中，王某用骗取的资金购买了一辆豪华桑塔纳轿车，并雇佣驾驶员供个人使用。平时，吃在饭店，住在宾馆，频频请客吃饭，出手大方，俨然像个大老板。“入王老板外贸股”的风声在当地越传越广，后来，不认识王某的人也主动找上门来要求入股，生意冷淡的私营企业小老板关闭工厂筹集资金来入股，

镇里的6位干部贷款入股。到了1999年5月，非法集资已高达1200多万元。由于巨额“分红”和挥霍浪费，王某在资金空转过程中已经亏损600多万元，自知骗局难以维持长久，于是，悄然退还部分“股金”后，携带200多万元现金外逃，后被公安机关捉拿归案。

此案与民间借款有三个关系：一是王某所募集的资金绝大多数是民间资金；二是王某出具的“入股收条”，相似于民间借款收据；三是王某向陈某借取20万元属民间借款行为，而非集资诈骗行为，虽然王某在向陈某借款时隐瞒经营亏损情况，但借款仍用于经营所需，当时又未起集资诈骗并占为己有之意，且已提供了房产抵押。

三、与非法吸收公众存款罪的区别

集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪有以下三点重要区别：

1. 犯罪目的不同

非法吸收公众存款犯罪行为的目的是通过这种犯罪方式进行营利，从中获取非法收益，在主观上不具有故意占有公众存款的目的。集资诈骗的犯罪目的是故意占有非法募集的资金。

2. 犯罪方法不同

集资诈骗罪的行为人使用诈骗方法募集资金，这种犯罪行为完全违背受害人的意志，侵占了受害人的财产。非法吸收公众存款不以行为人是否使用诈骗方法作为构成犯罪的要件。

3. 侵犯客体不同

集资诈骗罪既侵害公私财产权，又侵害金融管理秩序，侵犯的是双重客体，而非法吸收公众存款罪侵犯的仅是国家的金融管理秩序。

但是，非法和变相吸收公众存款行为，有时也会转化为集资

诈骗行为。例如：民间“抬会”的会主利用“抬会”形式非法吸收公众存款后携带大量会款逃跑，那么，前面发生的非法吸收公众存款行为转化为集资诈骗行为，后来实际上占会款为己有否定了原来主观上不具有占有的目的，故应以此非法吸收公众存款罪刑罚重的集资诈骗罪追究其刑事责任。

四、集资诈骗罪的刑事责任

依据《刑法》第一百九十二条的规定，参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》，集资诈骗罪应当根据诈骗集资数额量刑处罚：

1. 数额较大的刑罚

集资诈骗行为以“数额较大”为犯罪构成条件，未达到“数额较大”则不构成犯罪。但是，目前的法律和司法解释对“数额较大”的起点数未作明确规定，但在 20 万元以下是明确的。集资诈骗数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

2. 数额巨大的刑罚

数额巨大的标准是：个人集资诈骗资金数额达 20 万元以上 100 万元以下，单位集资诈骗资金数额达 50 万元以上 250 万元以下。集资诈骗数额巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金。集资诈骗行为虽未达到上述数额，但有其他特别严重情节的，也按上述刑罚处罚。

3. 数额特别巨大的刑罚

集资诈骗数额特别巨大的标准是：个人集资诈骗 100 万元以上，单位集资诈骗 250 万元以上。集资诈骗数额特别巨大，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。集资诈骗虽未达到上述数额，但已达到巨大，且

有特别严重情节的，也按上述刑罚处罚。如果集资诈骗数额特别巨大，且给国家和人民利益造成特别重大损失的，则处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

（4）单位犯集资诈骗罪的刑罪

单位犯集资诈骗罪的，对单位判处罚金，并对该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑；数额特别巨大的或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。



附录：相关法律、法规和司法解释

中华人民共和国民法通则（节录）

（1986年4月12日第六届全国
人民代表大会第四次会议通过）

第三十五条　合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

第五十二条　企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。

第五十四条　民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

第五十五条　民事法律行为应当具备下列条件：

（一）行为人具有相应的民事行为能力；

（二）意思表示真实；

（三）不违反法律或者社会公共利益。

第五十六条　民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或

者其他形式。法律规定是特定形式的，应当依照法律规定。

第五十七条 民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。

第五十八条 下列民事行为无效：

（一）无民事行为能力人实施的；

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；

（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

（五）违反法律或者社会公共利益的；

（六）经济合同违反国家指令性计划的；

（七）以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

第五十九条 下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：

（一）行为人对行为内容有重大误解的；

（二）显失公平的。

被撤销的民事行为从行为开始起无效。

第六十条 民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

第六十一条 民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

第六十二条　民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。

第六十三条　公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。

第六十四条　代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

第六十五条　民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或盖章。

委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。

第六十六条　没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。

代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。

代理人和第三人串通，损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为

人负连带责任。

第六十七条 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人和代理人负连带责任。

第六十八条 委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

第六十九条 有下列情形之一的，委托代理终止：

（一）代理期间届满或者代理事务完成；

（二）被代理人取消委托或者代理人辞去委托；

（三）代理人死亡；

（四）代理人丧失民事行为能力；

（五）作为被代理人或者代理人的法人终止。

第七十条 有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：

（一）被代理人取得或者恢复民事行为能力；

（二）被代理人或者代理人死亡；

（三）代理人丧失民事行为能力；

（四）指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；

（五）由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

第八十五条　合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

第八十六条　债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。

第八十七条　债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

第八十八条　合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。

合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照通常标准履行。

（二）履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受给付一方的所在地履行，其他标的在履行义务一方的所在地履行。

……

第九十条　合法的借贷关系受法律保护。

第一百零八条　债务应当清偿。暂时无力偿还的，经债权人同意或者人民法院裁决，可以由债务人分期偿还。有能力偿还拒不偿还的，由人民法院判决强制偿还。

中华人民共和国合同法（节录）

（1999年3月15日第九届全国人民
代表大会第二次会议通过）

总　　则

第一章　一般规定

第一条　为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。

第二条　本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第三条　合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。

第四条　当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

第五条　当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

第六条　当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第七条　当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

第八条　依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第二章　合同的订立

第九条　当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

当事人依法可以委托代理人订立合同。

第十条　当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第十一条　书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

第十二条　合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

（一）当事人的名称或者姓名和住所；

（二）标的；

（三）数量；

（四）质量；

（五）价款或者报酬；

（六）履行期限、地点和方式；

（七）违约责任；

（八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

第十三条　当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

第十四条　要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

（一）内容具体确定；

（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

第十五条 要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

第十六条 要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

第十七条 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

第十八条 要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

第十九条 有下列情形之一的，要约不得撤销：

（一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；

（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

第二十条 有下列情形之一的，要约失效：

（一）拒绝要约的通知到达要约人；

（二）要约人依法撤销要约；

（三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

第二十一条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第二十二条 承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

第二十三条　承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

（一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；

（二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

第二十四条　要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

第二十五条　承诺生效时合同成立。

第二十六条　承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

第二十七条　承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

第二十八条　受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

第二十九条　受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

第三十条　承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

第三十一条　承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要

约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第三十三条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

第三十四条 承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

第三十五条 当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

第三十六条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十七条 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十八条 国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

第三十九条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条 格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定

情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

第四十一条　对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

第四十二条　当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

（一）假借订立合同，恶意进行磋商；

（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；

（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

第四十三条　当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

第三章　合同的效力

第四十四条　依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

第四十五条　当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

第四十六条　当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届

满时失效。

第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

第五十一条 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

（三）以合法形式掩盖非法目的；

（四）损害社会公共利益；

（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

第五十三条 合同中的下列免责条款无效：

（一）造成对方人身伤害的；

（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第五十四条 下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

（一）因重大误解订立的；

（二）在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

第五十五条 有下列情形之一的，撤销权消灭：

(一)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；

(二)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

第五十六条 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第五十七条 合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第四章　合同的履行

第六十条　当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第六十一条　合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第六十二条　当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

第六十三条　执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按

照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

第六十四条　当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

第六十五条　当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

第六十六条　当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

第六十七条　当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

第六十八条　应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

（一）经营状况严重恶化；

（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

（三）丧失商业信誉；

（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

第六十九条　当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

第七十条　债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提

存。

第七十一条 债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。

债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

第七十二条 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。

债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

第七十三条 因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

第七十五条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

第七十六条 合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

第五章　合同的变更和转让

第七十七条 当事人协商一致，可以变更合同。

法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第七十八条　当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

第七十九条　债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

（一）根据合同性质不得转让；

（二）按照当事人约定不得转让；

（三）依照法律规定不得转让。

第八十条　债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

第八十一条　债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

第八十二条　债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

第八十三条　债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

第八十四条　债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

第八十五条　债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

第八十六条　债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

第八十七条　法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第八十八条 当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

第八十九条 权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。

第九十条 当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

第六章 合同的权利义务终止

第九十一条 有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

（一）债务已经按照约定履行；

（二）合同解除；

（三）债务相互抵销；

（四）债务人依法将标的物提存；

（五）债权人免除债务；

（六）债权债务同归于一人；

（七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

第九十二条 合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

第九十五条　法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

第九十六条　当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第九十七条　合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

第九十八条　合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

第九十九条　当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

第一百条　当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

第一百零一条 有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

（一）债权人无正当理由拒绝受领；

（二）债权人下落不明；

(三)债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；

（四）法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

第一百零二条 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

第一百零三条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

第一百零四条 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

第一百零五条 债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

第一百零六条 债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

第七章 违约责任

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损

失等违约责任。

第一百零八条　当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

第一百零九条　当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

第一百一十条　当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

（一）法律上或者事实上不能履行；

（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；

（三）债权人在合理期限内未要求履行。

第一百一十一条　质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

第一百一十二条　当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

第一百一十三条　当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第一百一十八条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

第一百一十九条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

第一百二十条　当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

第一百二十一条　当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

第一百二十二条　因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

第八章　其他规定

第一百二十三条　其他法律对合同另有规定的，依照其规定。

第一百二十四条　本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

第一百二十五条　当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。

第一百二十六条　涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。

第一百二十七条　工商行政管理部门和其他有关行政主管部

门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百二十八条 当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。

当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。当事人应当履行发生法律效力的判决、仲裁裁决、调解书；拒不履行的，对方可以请求人民法院执行。

第一百二十九条 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。

第十二章 借款合同

第一百九十六条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

第一百九十七条 借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

第一百九十八条 订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。

第一百九十九条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

第二百条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

第二百零一条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

第二百零二条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

第二百零三条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

第二百零四条 办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。

第二百零五条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

第二百零六条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

第二百零七条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

第二百零八条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

第二百零九条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申

请展期。贷款人同意的，可以展期。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。

自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

中华人民共和国刑法（节录）

（1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订）

第一百七十四条 未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

伪造、变造、转让商业银行或者其他金融机构经营许可证的，依照前款的规定处罚。

单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

第一百七十六条 非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者

单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第一百九十二条　以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

中华人民共和国中国人民银行法（节录）

（1995年3月18日第八届全国人民代表大会第三次会议通过）

第四条　中国人民银行履行下列职责：

（一）依法制定和执行货币政策；

（二）发行人民币，管理人民币流通；

（三）按照规定审批、监督管理金融机构；

（四）按照规定监督管理金融市场；

（五）发布有关金融监督管理和业务的命令和规章；

（六）持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；

（七）经理国库；

（八）维护支付、清算系统的正常运行；

（九）负责金融业的统计、调查、分析和预测；

（十）作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；

（十一）国务院规定的其他职责。

中国人民银行为执行货币政策，可以依照本法第四章的有关规定从事金融业务活动。

第三十一条 中国人民银行按照规定审批金融机构的设立、变更、终止及其业务范围。

中华人民共和国商业银行法（节录）

（1995年5月10日第八届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过）

第十一条 设立商业银行，应当经中国人民银行审查批准。

未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。

第十二条 设立商业银行，应当具备下列条件：

（一）有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；

（二）有符合本法规定的注册资本最低限额；

（三）有具备任职专业知识和业务工作经验的董事长（行长）、总经理和其他高级管理人员；

（四）有健全的组织机构和管理制度；

（五）有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

中国人民银行审查设立申请时，应当考虑经济发展的需要和银行业竞争的状况。

第十三条　设立商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币。城市合作商业银行的注册资本最低限额为一亿元人民币，农村合作商业银行的注册资本最低限额为五千万元人民币。注册资本应当是实缴资本。

中国人民银行根据经济发展可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

第十四条　设立商业银行，申请人应当向中国人民银行提交下列文件、资料：

（一）申请书，申请书应当载明拟设立的商业银行的名称、所在地、注册资本、业务范围等；

（二）可行性研究报告；

（三）中国人民银行规定提交的其他文件、资料。

第十五条　设立商业银行的申请经审查符合本法第十四条规定的，申请人应当填写正式申请表，并提交下列文件、资料：

（一）章程草案；

（二）拟任职的高级管理人员的资格证明；

（三）法定验资机构出具的验资证明；

（四）股东名册及其出资额、股份；

（五）持有注册资本百分之十以上的股东的资信证明和有关资料；

（六）经营方针和计划；

（七）营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料；

（八）中国人民银行规定的其他文件、资料。

第十六条　经批准设立的商业银行，由中国人民银行颁发经

营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。

第十七条 商业银行的组织形式、组织机构适用《中华人民共和国公司法》的规定。

本法施行前设立的商业银行，其组织形式、组织机构不完全符合《中华人民共和国公司法》规定的，可以继续沿用原有的规定，适用前款规定的日期由国务院规定。

第十八条 国有独资商业银行设立监事会。监事会由中国人民银行、政府有关部门的代表、有关专家和本行工作人员的代表组成。监事会的产生办法由国务院规定。

监事会对国有独资商业银行的信贷资产质量、资产负债比例、国有资产保值增值等情况以及高级管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。

第十九条 商业银行根据业务需要可以在中华人民共和国境内外设立分支机构。设立分支机构必须经中国人民银行审查批准。在中华人民共和国境内的分支机构，不按行政区划设立。

商业银行在中华人民共和国境内设立分支机构，应当按照规定拨付与其经营规模相适应的营运资金额。拨付各分支机构营运资金额的总和，不得超过总行资本金总额的百分之六十。

第二十条 设立商业银行分支机构，申请人应当向中国人民银行提交下列文件、资料：

（一）申请书，申请书应当载明拟设立的分支机构的名称、营运资金额、业务范围、总行及分支机构所在地等；

（二）申请人最近二年的财务会计报告；

（三）拟任职的高级管理人员的资格证明；

（四）经营方针和计划；

（五）营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资

料；

（六）中国人民银行规定的其他文件、资料。

第二十一条　经批准设立的商业银行分支机构，由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。

第二十二条　商业银行对其分支机构实行全行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。

商业银行分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担。

第二十三条　经批准设立的商业银行及其分支机构，由中国人民银行予以公告。

商业银行及其分支机构自取得营业执照之日起无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，由中国人民银行吊销其经营许可证，并予以公告。

第二十四条　商业银行有下列变更事项之一的，应当经中国人民银行批准：

（一）变更名称；

（二）变更注册资本；

（三）变更总行或者分支行所在地；

（四）调整业务范围；

（五）变更持有资本总额或者股份总额百分之十以上的股东；

（六）修改章程；

（七）中国人民银行规定的其他变更事项。

更换董事长（行长）、总经理时，应当报经中国人民银行审查其任职条件。

第二十五条　商业银行的分立、合并，适用《中华人民共和国公司法》的规定。

商业银行的分立、合并，应当经中国人民银行审查批准。

第二十六条 商业银行应当依照法律、行政法规的规定使用经营许可证。禁止伪造、变造、转让、出租、出借经营许可证。

第二十七条 有下列情形之一的，不得担任商业银行的高级管理人员：

（一）因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利的；

（二）担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、企业的破产负有个人责任的；

（三）担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的；

（四）个人所负数额较大的债务到期未清偿的。

第二十八条 任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之十以上的，应当事先经中国人民银行批准。

第七十九条 未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的，依法追究刑事责任；并由中国人民银行予以取缔。



中华人民共和国合伙企业法（节录）

（1997年2月23日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过）

第十三条 合伙协议应当载明下列事项：

（一）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；

（二）合伙目的和合伙企业的经营范围；

（三）合伙人的姓名及其住所；

（四）合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；

（五）利润分配和亏损分担办法；

（六）合伙企业事务的执行；

（七）入伙与退伙；

（八）合伙企业的解散与清算；

（九）违约责任。

合伙协议可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。

第三十二条　合伙企业的利润和亏损，由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担；合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的，由各合伙人平均分配和分担。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

第三十四条　合伙企业年度的或者一定时期的利润分配或者亏损分担的具体方案，由全体合伙人协商决定或者按照合伙协议约定的办法决定。

第三十八条　合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。

第三十九条　合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。

第四十条　以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人按照本法第三十二条第一款规定的比例，用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。

合伙人由于承担连带责任，所清偿数额超过其应当承担的数

额时，有权向其他合伙人追偿。

第四十一条 合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵销其对合伙企业的债务。

第四十二条 合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。

第四十三条 合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务的，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

对该合伙人的财产份额，其他合伙人有优先受让的权利。

第四十五条 入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。

入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

第五十四条 退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。

第五十五条 合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当按照本法第三十二条第一款的规定分担亏损。

第五十九条 合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后十五日内指定一名或者数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。

十五日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

第六十条 清算人在清算期间执行下列事务：

（一）清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；

（二）处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；

（三）清缴所欠税款；

（四）清理债权、债务；

（五）处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；

（六）代表合伙企业参与民事诉讼活动。

第六十一条　合伙企业财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：

（一）合伙企业所欠招用的职工工资和劳动保险费用；

（二）合伙企业所欠税款；

（三）合伙企业的债务；

（四）返还合伙人的出资。

合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，按本法第三十二条第一款规定的比例进行分配。

第六十二条　合伙企业清算时，其全部财产不足清偿其债务的，依照本法第三十九条和第四十条的规定办理。

第六十三条　合伙企业解散后，原合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担连带责任，但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法

（1998年7月13日国务院发布）

第一章 总　　则

第一条　为了取缔非法金融机构和非法金融业务活动，维护金融秩序，保护社会公众利益，制定本办法。

第二条　任何非法金融机构和非法金融业务活动，必须予以取缔。

第三条　本办法所称非法金融机构，是指未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构。

非法金融机构的筹备组织，视为非法金融机构。

第四条　本办法所称非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：

（一）非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款；

（二）未经依法批准，以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资；

（三）非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖；

（四）中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。

前款所称非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；所称变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。

第五条　未经中国人民银行依法批准，任何单位和个人不得擅自设立金融机构或者擅自从事金融业务活动。

对非法金融机构和非法金融业务活动，工商行政管理机关不予办理登记。

对非法金融机构和非法金融业务活动，金融机构不予开立帐户、办理结算和提供贷款。

第六条　非法金融机构和非法金融业务活动由中国人民银行予以取缔。

非法金融机构设立地或者非法金融业务活动发生地的地方人民政府，负责组织、协调、监督与取缔有关的工作。

第七条　中国人民银行依法取缔非法金融机构和非法金融业务活动，任何单位和个人不得干涉，不得拒绝、阻挠。

第八条　中国人民银行工作人员在履行取缔非法金融机构和非法金融业务活动的职责中，应当依法保守秘密。

第二章　取缔程序

第九条　对非法金融机构、非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款以及非法集资，中国人民银行一经发现，应当立即调查、核实；经初步认定后，应当及时提请公安机关依法立案侦查。

第十条　在调查、侦查非法金融机构和非法金融业务活动的过程中，中国人民银行和公安机关应当互相配合。

第十一条　对非法金融机构和非法金融业务活动的犯罪嫌疑

人、涉案资金和财产，由公安机关依法采取强制措施，防止犯罪嫌疑人逃跑和转移资金、财产。

第十二条 对非法金融机构和非法金融业务活动，经中国人民银行调查认定后，作出取缔决定，宣布该金融机构和金融业务活动为非法，责令停止一切业务活动，并予公告。

第十三条 中国人民银行发现金融机构为非法金融机构或者非法金融业务活动开立帐户、办理结算和提供贷款的，应当责令该金融机构立即停止有关业务活动。任何单位和个人不得擅自动用有关资金。

设立非法金融机构或者从事非法金融业务活动骗取工商行政管理机关登记的，一经发现，工商行政管理机关应当立即注销登记或者变更登记。

第十四条 中国人民银行对非法金融机构和非法金融业务活动进行调查时，被调查的单位和个人必须接受中国人民银行依法进行的调查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。

第十五条 中国人民银行调查非法金融机构和非法金融业务活动时，对与案件有关的情况和资料，可以采取记录、复制、录音等手段取得证据。

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，中国人民银行可以依法先行登记保存，当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。

第三章 债权债务的清理清退

第十六条 因非法金融业务活动形成的债权债务，由从事非法金融业务活动的机构负责清理清退。

第十七条 非法金融机构一经中国人民银行宣布取缔，有批准部门、主管单位或者组建单位的，由批准部门、主管单位或者

组建单位负责组织清理清退债权债务；没有批准部门、主管单位或者组建单位的，由所在地的地方人民政府负责组织清理清退债权债务。

第十八条　因参与非法金融业务活动受到的损失，由参与者自行承担。

第十九条　非法金融业务活动所形成的债务和风险，不得转嫁给未参与非法金融业务活动的国有银行和其他金融机构以及其他任何单位。

第二十条　债权债务清理清退后，有剩余非法财物的，予以没收，就地上缴中央金库。

第二十一条　因清理清退发生纠纷的，由当事人协商解决；协商不成的，通过司法程序解决。

第四章　罚　　则

第二十二条　设立非法金融机构或者从事非法金融业务活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由中国人民银行没收非法所得，并处非法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有非法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款。

第二十三条　擅自批准设立非法金融机构或者擅自批准从事非法金融业务活动的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十四条　金融机构违反规定，为非法金融机构或者非法金融业务活动开立帐户、办理结算或者提供贷款的，由中国人民银行责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予纪律处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十五条 拒绝、阻碍中国人民银行依法执行职务，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。

第二十六条 中国人民银行工作人员在履行取缔非法金融机构和非法金融业务活动的职责中泄露秘密的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十七条 中国人民银行、公安机关和工商行政管理机关工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

中国人民银行工作人员对非法金融机构和非法金融业务活动案件，应当移交公安机关而不移交，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第五章 附 则

第二十八条 取缔非法证券机构和非法证券业务活动参照本办法执行，由中国证券监督管理委员会负责实施，并可以根据本办法的原则制定具体实施办法。

取缔非法商业保险机构和非法商业保险业务活动参照本办法执行，由国务院商业保险监督管理部门负责实施，并可以根据本办法的原则制定具体实施办法。

第二十九条 本办法施行前设立的各类基金会、互助会、储金会、资金服务部、股金服务部、结算中心、投资公司等机构，超越国家政策范围，从事非法金融业务活动的，应当按照国务院的规定，限期清理整顿。超过规定期限继续从事非法金融业务活动的，依照本办法予以取缔；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十条 本办法自发布之日起施行。

国务院办公厅
转发中国人民银行整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案的通知

1998年8月11日　　　　国办发〔1998〕126号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

中国人民银行《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》已经国务院同意，现转发给你们，请认真遵照执行。

近年来，一些地方、部门、企事业单位和个人乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务（以下简称金融“三乱”）的问题相当严重，严重违反了《中华人民共和国中国人民银行法》、《中华人民共和国商业银行法》和国务院有关规定，扰乱了金融秩序，损害群众利益，影响社会安定。为整顿金融秩序，防范金融风险，保持金融市场和社会稳定，党中央、国务院决定，彻底整顿金融“三乱”。现就有关问题通知如下：

一、整顿金融“三乱”工作敏感度高，涉及面广，政策性强，情况复杂，事关金融市场的健康发展和社会安定的大局，各地区、各部门要予以高度重视。要在摸清情况的基础上，按照党中央、国务院的统一部署，统一思想，加强领导，精心组织，审慎处理，内紧外松，分步实施。

二、中国人民银行要切实履行监管职责，加强对整顿金融“三乱”工作的领导、组织和协调。中国人民银行各省（自治区、

直辖市）分行要积极支持和配合当地人民政府开展工作，加强业务指导和督促。遇有重大问题，要及时报告国务院。整顿工作结束后，中国人民银行要组织力量进行检查验收，并将整顿结果报告国务院。

三、各地区、各部门要坚决执行党中央、国务院的决定，按期完成本地区、本部门的任务。各省（自治区、直辖市）人民政府要由主要领导同志负责，指定专门机构，组织整顿金融“三乱”工作。国务院有关部门要加强对本系统整顿工作的领导、组织和协调，并及时处理工作中出现的问题。各地人民政府和各有关部门要积极采取有效措施，妥善解决群众个人到期债务的清偿问题，确保社会安定。对在整顿工作中发现和暴露的违法违纪行为，要彻底清查，依法从严惩处，并追究有关负责人和责任人的责任。

各地区、各部门要将清理整顿结果于1999年6月底前报国务院，同时抄送中国人民银行。

附：

整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案的通知

（中国人民银行　1998年7月29日）

近年来，乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务（以下简称金融“三乱”）等非法金融活动屡禁不止，严重扰乱了正常的金融秩序，给国民经济发展和社会安定造成了极大危害，必须坚决制止和纠正。根据全国金融工作会议精神和党中央、国务院的统

一部署，为进一步整顿金融秩序，防范和化解金融风险，现就整顿金融“三乱”工作提出以下方案。

一、整顿金融“三乱”的范围

（一）整顿乱集资。凡未经依法批准，以任何名义向社会不特定对象进行的集资活动，均为乱集资。主要打击以非法占有为目的、使用诈骗方法从事的非法集资活动；整顿未经批准，擅自从事以还本付息或者以支付股息、红利等形式向出资人（单位和个人）进行的有偿集资活动；整顿以发起设立股份公司为名，变相募集股份的集资活动。

（二）整顿乱批设金融机构。凡未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构，均属非法金融机构，包括冠以银行、信用社、信托投资公司、财务公司、融资租赁公司、典当行等名称的机构，也包括虽未冠以上述名称，但实际是从事或变相从事金融业务的机构。非法成立的金融机构筹备组织也视为非法金融机构。

（三）整顿乱办金融业务。凡未经中国人民银行批准，从事或者变相从事非法吸收公众存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的行为，均属乱办金融业务。

未经国家证券、保险监管部门批准，擅自设立从事或主要从事证券买卖、投资基金管理、商业保险等金融业务活动的机构和超越原机构业务范围从事或变相从事证券买卖、投资基金管理、商业保险等金融业务活动的行为，属金融“三乱”的范围，其具体整顿方案另行制定。

财政中介机构（国债服务部等）和农村合作基金会清理整顿办法另行制定。

二、整顿金融“三乱”工作的原则

各省、自治区、直辖市人民政府和国务院有关部门，要按照党中央、国务院的统一部署和本方案提出的政策、措施、方法、步骤，负责清理整顿本地区、本系统金融“三乱”活动，并做好善后工作。清理整顿金融“三乱”工作，要按照国务院发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（国务院令第247号）依法进行。对本地区、本部门存在的金融“三乱”问题，要按照“谁主管，谁整顿；谁批准，谁负责；谁用钱，谁还债；谁担保，谁负相应责任”的原则进行处理。要加强领导，精心组织，分步实施，审慎处理，既要彻底解决问题，又要确保社会稳定。特别要处理好个人到期债务的清偿问题，维护正常的金融秩序，及时化解金融风险。对从事金融“三乱”活动直接负责的主管人员和其他直接责任人员，要严肃处理，一律撤销所担任的各项职务；构成犯罪的，要移交司法机关依法追究刑事责任。

三、整顿金融“三乱”工作的政策措施

（一）整顿乱集资工作的政策措施

1. 严厉打击任何以非法占有为目的，使用诈骗方法从事的非法集资活动。对此类活动的组织者，构成犯罪的，移交司法机关追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依照《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第二十二条的规定，给予行政处罚。

2. 禁止任何地区、部门和单位从事以还本付息或者以支付股息、红利等形式向出资人（单位和个人）进行的有偿集资活动。对已经发生的，要逐一进行清理，落实债权债务。本方案发布后继续组织非法集资活动的，一律从严惩处。因参与乱集资受到的损失，由参与者自行负责。

3. 严格企业债券的发行管理。企业发行债券，必须经过国务院主管部门批准，并由具备企业债券承销资格的证券经营机构承

销。未经批准，不得擅自突破发行计划，不得擅自设立或批准发行计划外券种。对违反规定的，要依照《企业债券管理条例》的规定，追究法律责任。已经发行债券的企业，要按期归还债券本息；对不能按期归还的，不再批准发行新的企业债券。

4. 地方各级人民政府不得发行或变相发行地方政府债券，也不得对外提供担保。对已经发行地方政府债券的，要立即予以纠正，认真清理有关债权债务，做好债务清偿工作。地方各级人民政府为企业境外融资出具的担保或变相担保，要立即予以撤销。对违反规定并造成损失的，要追究有关负责人的责任。

5. 任何单位和个人以发起设立股份有限公司为名，从事或变相从事的集资活动，均为乱集资，一经发现，要严肃处理。

6. 企业通过公开发行股票、企业债券等形式进行有偿集资，必须依照有关法律、行政法规的规定，经国务院主管部门批准。在国务院对企业内部集资明确作出规定前，禁止企业进行内部有偿集资，更不得以企业内部集资为名，搞职工福利。

（二）整顿乱批设金融机构工作的政策措施

1. 凡未经中国人民银行批准，擅自设立的从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构，一律予以取缔，并由中国人民银行发布取缔公告。对已经办理业务的，要先取缔，后清理债权债务，并作出相应的处理。尚在筹备之中的，责令其立即解散筹备组，停止一切筹备活动。对以非法定金融机构名称命名但实质上从事或变相从事金融业务的非法金融机构，也要一律取缔。对上述行为直接负责的主管人员和其他直接责任人员一律撤销职务；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 禁止任何人开办私人钱庄，一经发现，立即予以取缔，并移交司法机关依法追究刑事责任。

3. 未经中国人民银行批准，任何单位和个人均不得擅自批准或设立典当行。对未经中国人民银行批准设立的典当行，立即予以取缔，并追究有关责任人的责任。严禁拍卖行、寄卖行等机构变相从事典当业务，一经发现，要严肃查处。

（三）整顿乱办金融业务工作的政策措施

1. 各地人民政府、各有关部门要对本地区、本部门各类基金会、互助会、储金会、资金服务部、股金服务部、结算中心、投资公司等机构的业务活动限期进行清理和整顿。对上述机构超越国家政策范围，从事或变相从事非法吸收公众存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的，要按本方案规定的政策和期限（即1999年6月底前），坚决制止和查处，并将有关情况汇总后逐级上报中国人民银行。超过本方案规定期限继续从事非法金融业务活动的，要依照《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》的规定予以取缔；情节严重、构成犯罪的，要依法追究刑事责任。

2. 供销合作社作为合作制经济组织，不得办理存款，也不得以吸收股金为名变相办理存款。对通过股金服务部等形式，办理或变相办理存贷款业务的，要进行清理整顿。从本方案下发之日起，供销合作社对新吸收的社员股金，不再实行“保息分红”；对过去以保息分红方式吸收的老股金，要用三年时间平稳过渡，按照合作制原则进行规范管理。具体办法由全国供销合作总社制定。

3. 民政部门倡导的农村救灾扶贫互助储金会，是不以盈利为目的的群众互助组织，所筹资金只能解决会员的应急需要。救灾扶贫互助储金会一律不得办理或变相办理存贷款业务，已经办理的，要在1999年底前完成清收贷款、投资和支付存款等工作。救灾扶贫互助储金会只能在村民委员会或村民小组范围内由村民自愿发起设立，乡及乡以上已经设立的，由民政部门负责在1998年

底前撤销。地方各级人民政府要加强对救灾扶贫互助储金会的指导和管理。

4. 有关部门和企事业单位不得以行政隶属关系强行要求所属企业通过本系统财务结算中心办理存款、贷款、结算等金融业务，已经办理的，要在1998年内全部清收债权，清偿债务。在清理过程中，银行不得贷款给财务结算中心。各商业银行不得与其他部门和企事业单位联办财务结算中心，已经联办的，一律于1998年底前在人、财、物方面彻底分离。

5. 投资公司是利用自有资本进行项目投资的专门经营机构，不得对外吸收存款，或以投资名义对外发放贷款或拆借资金。对已经办理的，由主管部门负责在1998年底前将债权债务清理完毕。在清理过程中，各商业银行不得为其安排贷款。

6. 基金会是对国内外社会团体和其他组织以及个人自愿捐赠资金进行管理的民间非营利性社会团体组织，其资金主要用于无偿资助符合其宗旨的活动。设立基金会必须经中国人民银行批准，并由民政部门注册登记。任何单位和个人不得擅自批准和设立基金会，已经设立的，要一律撤销，并追究有关负责人的责任。基金会不得办理存款、贷款、拆借等金融业务，已经办理的，要立即停办，并在1998年底前完成清收债权、清偿债务工作。

7. 已从事或变相从事金融业务的非金融机构，凡是地方人民政府或有关部门批准办理金融业务的，其债务由该地方人民政府或有关部门负责清偿；凡单位或个人擅自办理金融业务的，由该单位或个人负责清偿。因不能支付到期债务，可能发生挤提而影响社会安定的单位，由该单位的主管机关会同人民银行、工商行政管理等有关部门研究提出停业整顿方案，报经县以上地方人民政府批准后组织实施。在宣布停业整顿的同时，要发安民告示，宣布清偿债务优先保护城乡居民债权人的合法利益。停业整顿期间，

停止吸收存款，暂停支付债务，集中力量清理债权债务，制定债务清偿方案。

8. 民政部、全国供销合作总社等中央有关部门，要对本部门的规章、制度和办法中涉及金融业务的内容进行清理；凡是与本方案不符的，一律废止。工商行政管理机关要依据国家法律、法规，严格核定上述部门所属企业的经营范围，对没有取得中国人民银行《经营金融业务许可证》擅自从事金融业务的企业，要责令其限期办理变更登记或注销登记；逾期不办的，坚决予以取缔。

四、整顿金融“三乱”工作的实施步骤

整顿工作从1998年下半年开始，大体分三个阶段进行：

（一）第一阶段，自查自纠。各地人民政府和国务院各部门要组织对本地区、本系统制定的涉及金融业务的法规、规章进行清理，并对金融“三乱”活动进行清理整顿，组织自查自纠。此项工作要在1998年底前完成。

（二）第二阶段，清偿债务。凡涉及金融“三乱”的机构，要尽快制定债务偿还和资产处理的方案，报地方人民政府或上级主管部门批准后实施。此项工作争取在1999年3月底前完成。

（三）第三阶段，总结验收。各省（自治区、直辖市）人民政府和国务院有关部门要在1999年6月底前向国务院报告清理整顿工作情况。整顿工作结束后，中国人民银行要组织力量，赴各地进行检查验收，并将验收情况报告国务院。

全部整顿工作于2000年底以前完成。

各地区、各有关部门可以根据本地区、本部门金融“三乱”的实际状况和债务清偿的难易程度，确定第一、二阶段的时间安排。

五、清理整顿的工作要求

整顿“三乱”工作，是一项难度较大、敏感度高、涉及面广的工作，一定要积极稳妥，认真规划，谨慎操作。

（一）集中领导，统一部署。清理整顿工作要在县以上地方各级人民政府统一领导下进行。各地人民政府和国务院有关部门要结合本地区、本部门的实际情况，统一部署，组织实施。按照分类指导、区别对待、先易后难、逐步推进的原则，积极稳妥地做好工作。

（二）对清理整顿中出现的问题，要及时审慎地加以解决，保证清理整顿工作平稳进行，避免引起大的波动。对可能影响社会安定的重大问题，地方各级人民政府要组织有关部门抓紧研究处理，采取有效措施化解矛盾，并及时报告上级人民政府。

（三）中国人民银行与国务院有关部门要密切配合，加强对整顿工作的领导、组织和协调。

最高人民法院
关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）（节录）

（1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过
1988年4月2日最高人民法院通知试行）

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。

33. 债务人下落不明，但未被宣告失踪，债权人起诉要求清偿

债务的，人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

42.以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。

43.在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。

44.个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

47.全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任；对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48.只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。

53.合伙经营期间发生亏损，合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的，退伙人对原合伙的债务，应当承担清偿责任；退伙人已分担合伙债务的，对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

56.合伙人互相串通逃避合伙债务的，除应责令其承担清偿责任外，还可以按照民法通则第一百三十四条第三款的规定处理。

57. 民法通则第三十五条第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”，是指合伙人以个人财产出资的，以合伙人的个人财产承担；合伙人以其家庭共有财产出资的，以其家庭共有财产承担；合伙人以个人财产出资，合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的，应先以合伙人的个人财产承担，不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人为数人时，其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系，因此造成损害的，由提出解除代理关系的被代理人承担。

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，属于民法通则第六十八条中的“紧急情况”。

81. 委托代理人转托他人代理的，比照民法通则第六十五条规定的条件办理转托手续。因委托代理人转托不明，给第三人造成损失的，第三人可以直接要求被代理人赔偿损失；被代理人承担民事责任后，可以要求委托代理人赔偿损失，转托代理人有过错的，应当负连带责任。

82. 被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（1）代理人不知道被代理人死亡的；（2）被代理人的继承人均予承认的；（3）被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；（4）在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

83. 代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的，

在民事诉讼中，可以列为共同诉讼人。

88. 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

90. 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

91. 共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。

104. 债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存的，应当认定债务已经履行。因提存所支出的费用，应当由债权人承担。提存期间，财产收益归债权人所有，风险责任由债权人承担。

121. 公民之间的借贷，双方对返还期限有约定的，一般应按约定处理；没有约定的，出借人随时可以请求返还，借方应当根据出借人的请求及时返还；暂时无力返还的，可以根据实际情况责令其分期返还。

122. 公民之间的生产经营性借贷的利率，可以适当高于生活性借贷利率。如因利率发生纠纷，应本着保护合法借贷关系，考虑当地实际情况，有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。

123. 公民之间的无息借款，有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人要求借款人偿付逾期利息，应当予以准许。

124. 借款双方因利率发生争议，如果约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。

125. 公民之间的借贷，出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，应当按实际出借款数计息。

最高人民法院
关于人民法院审理借贷案件的若干意见

（1991 年 7 月 2 日最高人民法院审判委员会第 502 次会议讨论通过　1991 年 8 月 13 日最高人民法院以法（民）发〔1991〕21 号通知印发）

人民法院审理借贷案件，应按照自愿、互利、公平、合法的原则，保护债权人和债务人的合法权益，限制高利率。根据审判实践经验，现提出以下意见，供审理此类案件时参照执行。

1. 公民之间的借贷纠纷，公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷，应作为借贷案件受理。

2. 因借贷外币、台币和国库券等有价证券发生纠纷诉讼到法院的，应按借贷案件受理。

3. 对于借贷关系明确，债权人申请支付令的，人民法院应按照民事诉讼法关于督促程序的有关规定审查受理。

4. 人民法院审查借贷案件的起诉时，根据民事诉讼法第一百

零八条的规定，应要求原告提供书面借据；无书面借据的，应提供必要的事实根据。对于不具备上述条件的起诉，裁定不予受理。

5. 债权人起诉时，债务人下落不明的，由债务人原住所地或其财产所在地法院管辖。法院应要求债权人提供证明借贷关系存在的证据，受理后公告传唤债务人应诉。公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决；借贷关系无法查明的，裁定中止诉讼。

在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可以缺席判决；事实难以查清的，裁定中止诉讼。

6. 民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。

7. 出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。

8. 借贷双方对有无约定利率发生争议，又不能证明的，可参照银行同类贷款利率计息。

借贷双方对约定的利率发生争议，又不能证明的，可参照本意见第六条规定计息。

9. 公民之间的定期无息借贷，出借人要求借款人偿付逾期利息，或者不定期无息借贷经催告不还，出借人要求偿付催告后利息的，可参照银行同类贷款的利率计息。

10. 一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所形成的借贷关系，应认定为无效。借贷关系无效由债权人的行为引起的，只返还本金；借贷关系无效由债务人的行为引起的，除返还本金外，还应参照银行同类贷款利率给付

利息。

11. 出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予保护。对双方的违法借贷行为，可按照民法通则第一百三十四条第三款及《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》（试行））第163条、164条的规定予以制裁。

12. 公民之间因借贷外币、台币发生纠纷，出借人要求以同类货币偿还的，可以准许。借款人确无同类货币的，可参照偿还时当地外汇调剂价折合人民币偿还。出借人要求偿付利息的，可参照偿还时中国银行外币储蓄利率计息。

借贷外汇券发生的纠纷，参照以上原则处理。

13. 在借贷关系中，仅起联系、介绍作用的人，不承担保证责任。对债务的履行确有保证意思表示的，应认定为保证人，承担保证责任。

14. 行为人以借款人的名义出具借据代其借款，借款人不承认，行为人又不能证明的，由行为人承担民事责任。

15. 合伙经营期间，个人以合伙组织的名义借款，用于合伙经营的，由合伙人共同偿还；借款人不能证明借款用于合伙经营的，由借款人偿还。

16. 有保证人的借贷债务到期后，债务人有清偿能力的，由债务人承担责任；债务人无能力清偿、无法清偿或者债务人下落不明的，由保证人承担连带责任。

借期届满，债务人未偿还欠款，借、贷双方未征求保证人同意而重新对偿还期限或利率达成协议的，保证人不再承担保证责任。

无保证人的借贷纠纷，债务人申请追加新的保证人参加诉讼，法院不应准许。

对保证责任有争议的，按照《意见》（试行）第108条、109条、110条的规定处理。

17. 审理借贷案件时，对于因借贷关系产生的正当的抵押关系应予保护。如发生纠纷，分别按照民法通则第八十九条第二项以及《意见》（试行）第112条、113条、114条、115条、116条的规定处理。

18. 对债务人有可能转移、变卖、隐匿与案件有关的财产的，法院可根据当事人申请或依职权采取查封、扣押、冻结、责令提供担保等财产保全措施。被保全的财物为生产资料的，应责令申请人提供担保。财产保全应根据被保全财产的性质采用妥善的方式，尽可能减少对生产、生活的影响，避免造成财产损失。

19. 对债务人一次偿付有困难的借贷案件，法院可以判决或调解分期偿付。根据当事人的给付能力，确定每次给付的数额。

20. 执行程序中，双方当事人协商以债务人劳务或其他方式清偿债务，不违反法律规定，不损害社会利益和他人利益的，应予准许，并将执行和解协议记录在案。

21. 被执行人无钱还债，要求以其他财物抵偿债务，申请执行人同意的，应予准许。双方可以协议作价或请有关部门合理作价，按判决数额将相应部分财物交付申请执行人。

被执行人无钱还债，要求以债券、股票等有价证券抵偿债务，申请执行人同意的，应予准许；要求以其他债权抵偿债务的，须经申请执行人同意并通知被执行人的债务人，办理相应的债权转移手续。

22. 被执行人有可能转移、变卖、隐匿被执行财产的，应及时采取执行措施。被执行人抗拒执行构成妨害民事诉讼的，按照民事诉讼法第一百零二条、第二百二十七条的规定处理。

最高人民法院
关于审理合伙型联营体和个人合伙对外债务纠纷案件应否一并确定合伙内部各方的债务份额的复函

1992 年 3 月 18 日　　　　　　法函〔1992〕34 号

广西壮族自治区高级人民法院：

你院（1991）桂法（经）字第 23 号《关于审理合伙联营体和个人合伙对外债务纠纷应否一并确定合伙内部各方的债务份额的请示报告》收悉。经研究，答复如下：

合伙型联营体和个人合伙的财产能够清偿联营或合伙债务的，应当以合伙型联营体或个人合伙的财产清偿。

合伙型联营体、个人合伙无财产清偿或者其财产不足清偿联营、合伙债务的，应当由联营成员或合伙人承担责任。根据《中华人民共和国民法通则》的规定，除法律另有规定的外，合伙人对合伙的债务承担连带责任；合伙型联营各方，依照法律的规定或者协议约定负连带责任的，承担连带责任。如果联营体成员之间、合伙人之间权利义务关系明确，联营体各成员、各合伙人承担债务的份额容易确定，各联营体成员、合伙人之间争议不大的，为简化诉讼程序，可以在审理合伙型联营体、个人合伙对外债务纠纷案件时一并确定联营、合伙各方承担债务的份额，但应在裁判文书中指明合伙型联营各方、各合伙人之间承担连带责任。如果联营各方、合伙人之间对如何承担责任争议较大，将联营体、合

伙组织对外债务纠纷与联营、合伙纠纷一并处理不利于案件及时审结的，可以分开审理。如果依照法律的规定或者协议的约定，合伙型联营各方对联营债务不负连带责任的，在审理合伙型联营体对外债务纠纷案件时，必须确定联营各方应当承担清偿债务的份额。

最高人民法院
关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见

（最高人民法院审判委员会第603次会议讨论通过
1993年11月3日最高人民法院以法发〔1993〕32号印发）

人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理，应当依照《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》及有关法律规定，分清个人财产、夫妻共同财产和家庭共同财产，坚持男女平等，保护妇女、儿童的合法权益，照顾无过错方，尊重当事人意愿，有利生产、方便生活的原则，合情合理地予以解决。根据上述原则，结合审判实践，提出如下具体意见：

1. 夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时应按约定处理。但规避法律的约定无效。

2. 夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产，为夫妻共同财产，包括：

（1）一方或双方劳动所得的收入和购置的财产；

（2）一方或双方继承、受赠的财产；

（3）一方或双方由知识产权取得的经济利益；

（4）一方或双方从事承包、租赁等生产、经营活动的收益；

（5）一方或双方取得的债权；

（6）一方或双方的其他合法所得。

3. 在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，结婚时间10年以上的，应按夫妻共同财产进行分割。复员军人从部队带回的医药补助费和回乡生产补助费，应归本人所有。

4. 夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产，应认定为夫妻共同财产。在分割财产时，各自分别管理、使用的财产归各自所有。双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。

5. 已登记结婚，尚未共同生活，一方或双方受赠的礼金、礼物应认定为夫妻共同财产，具体处理时应考虑财产来源、数量等情况合理分割。各自出资购置、各自使用的财物，原则上归各自所有。

6. 一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。

7. 对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。

8. 夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。

9. 一方以夫妻共同财产与他人合伙经营的，入伙的财产可分给一方所有，分得入伙财产的一方对另一方应给予相当于入伙财

产一半价值的补偿。

10．属于夫妻共同财产的生产资料，可分给有经营条件和能力的一方。分得该生产资料的一方对另一方应给予相当于该财产一半价值的补偿。

11．对夫妻共同经营的当年无收益的养殖、种植业等，离婚时应从有利于发展生产、有利于经营管理考虑，予以合理分割或折价处理。

12．婚后8年内双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原拆原建，离婚时未变更产权的，房屋仍归产权人所有，增值部分中属于另一方应得的份额，由房屋所有权人折价补偿另一方；进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。

13．对不宜分割使用的夫妻共有的房屋，应根据双方住房情况和照顾抚养子女方或无过错方等原则分给一方所有。分得房屋的一方对另一方应给予相当于该房屋一半价值的补偿。在双方条件等同的情况下，应照顾女方。

14．婚姻存续期间居住的房屋属于一方所有，另一方以离婚后无房居住为由，要求暂住的，经查实可据情予以支持，但一般不超过两年。

无房一方租房居住经济上确有困难的，享有房屋产权的一方可给予一次性经济帮助。

15．离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权，归一方所有。在分割夫妻共同财产时，可根据具体情况，对另一方予以适当的照顾。

16．婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失，离婚时一方要求以夫妻共同财产抵偿的，不予支持。

17．夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。

下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：

（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。

（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。

（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。

（4）其他应由个人承担的债务。

18．婚前一方借款购置的房屋等财物已转化为夫妻共同财产的，为购置财物借款所负债务，视为夫妻共同债务。

19．借婚姻关系索取的财物，离婚时，如结婚时间不长，或者因索要财物造成对方生活困难的，可酌情返还。

对取得财物的性质是索取还是赠与难以认定的，可按赠与处理。

20．离婚时夫妻共同财产未从家庭共同财产中析出，一方要求析产的，可先就离婚和已查清的财产问题进行处理，对一时确实难以查清的财产的分割问题可告知当事人另案处理；或者中止离婚诉讼，待析产案件审结后再恢复离婚诉讼。

21．一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的，或非法变卖、毁损的，分割财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方，应予以少分或不分。具体处理时，应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额，对另一方的应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵，不足折抵的，差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。

对非法隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的一方，人民

法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定进行处理。

22. 属于事实婚姻的，其财产分割适用本意见。

属于非法同居的，其财产分割按最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》的有关规定处理。

最高人民法院
关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答

1996年3月25日　　　　法复〔1996〕2号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院：

《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》〈法（经）发〔1990〕27号〉于1990年11月12日下发以后，一些高级人民法院先后就如何执行该解答第四个问题第（二）条向我院请示，现解答如下：

对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息，人民法院应当依法向借款方收缴。

附：《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》有关规定。

附：

最高人民法院
关于审理联营合同纠纷案件
若干问题的解答（节录）

1990 年 11 月 12 日　　　　法（经）发〔1990〕27 号

根据《中华人民共和国民法通则》和其他有关法律、法规，现就人民法院在审理联营合同纠纷案件中提出的一些问题，解答如下：

……

四、关于联营合同中的保底条款问题

……

（二）企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。

最高人民法院
关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复

1996 年 9 月 23 日　　　　　　　　法复〔1996〕15 号

四川省高级人民法院：

你院川高法〔1995〕223 号《关于企业拆借合同期限届满后借款方不归还本金是否计算逾期利息及如何判决的请示》收悉。经研究，答复如下：

企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。对于合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到人民法院的，人民法院除应按照最高人民法院法（经）发〔1990〕27 号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴，该利息按借贷双方原约定的利率计算，如果双方当事人对借款利息未约定，按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定加倍支付迟延履行期间的利息。

最高人民法院
关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释

（最高人民法院审判委员会第853次会议讨论通过
1996年12月16日以法发〔1996〕32号文件印发）

为依法惩治诈骗犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）和《全国人民代表大会常务委员会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》（以下简称《决定》）的有关规定，现就审理诈骗案件的几个具体问题解释如下：

一、根据《刑法》第一百五十一条和第一百五十二条的规定，诈骗公私财物数额较大的，构成诈骗罪。

个人诈骗公私财物2千元以上的，属于“数额较大”；个人诈骗公私财物3万元以上的，属于“数额巨大”。

个人诈骗公私财物20万元以上的，属于诈骗数额特别巨大。诈骗数额特别巨大是认定诈骗犯罪“情节特别严重”的一个重要内容，但不是惟一情节。诈骗数额在10万元以上，又具有下列情形之一的，也应认定为“情节特别严重”：

（1）诈骗集团的首要分子或者共同诈骗犯罪中情节严重的主犯；

（2）惯犯或者流窜作案危害严重的；

（3）诈骗法人、其他组织或者个人急需的生产资料，严重影

响生产或者造成其他严重损失的；

（4）诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物，造成严重后果的；

（5）挥霍诈骗的财物，致使诈骗的财物无法返还的；

（6）使用诈骗的财物进行违法犯罪活动的；

（7）曾因诈骗受过刑事处罚的；

（8）导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；

（9）具有其他严重情节的。

单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗行为，诈骗所得归单位所有，数额在5万至10万元以上的，应当依照《刑法》第一百五十一条的规定追究上述人员的刑事责任；数额在20万至30万元以上的，依照《刑法》第一百五十二条的规定追究上述人员的刑事责任。

对共同诈骗犯罪，应当以行为人参与共同诈骗的数额认定其犯罪数额，并结合行为人在共同犯罪中的地位、作用和非法所得数额等情节依法处罚。

已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。

各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在“2千元至4千元”、“3万元至5万元”的幅度内，分别确定本地区执行的个人诈骗“数额较大”、“数额巨大”，以及单位实施诈骗，追究有关人员刑事责任，参照本条第四款规定的数额，确定适用《刑法》第一百五十一条或者第一百五十二条的具体数额标准，并报最高人民法院备案。

二、根据《刑法》第一百五十一条和第一百五十二条的规定，利用经济合同诈骗他人财物数额较大的，构成诈骗罪。

利用经济合同进行诈骗的，诈骗数额应当以行为人实际骗取的数额认定，合同标的数额可以作为量刑情节予以考虑。

行为人具有下列情形之一的，应认定其行为属于以非法占有为目的，利用经济合同进行诈骗：

（一）明知没有履行合同的能力或者有效的担保，采取下列欺骗手段与他人签订合同，骗取财物数额较大并造成较大损失的：

1. 虚构主体；

2. 冒用他人名义；

3. 使用伪造、变造或者无效的单据、介绍信、印章或者其他证明文件的；

4. 隐瞒真相，使用明知不能兑现的票据或者其他结算凭证作为合同履行担保的；

5. 隐瞒真相，使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的；

6. 使用其他欺骗手段使对方交付款、物的。

（二）合同签订后携带对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产逃跑的；

（三）挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；

（四）使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动，致使上述款物无法返还的；

（五）隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，拒不返还的；

（六）合同签订后，以支付部分货款，开始履行合同为诱饵，骗取全部货物后，在合同规定的期限内或者双方另行约定的付款期限内，无正当理由拒不支付其余货款的。

三、根据《决定》第八条规定，以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资的，构成集资诈骗罪。

“诈骗方法”是指行为人采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，骗取集资款的手段。

“非法集资”是指法人、其他组织或者个人，未经有权机关批准，向社会公众募集资金的行为。

行为人实施《决定》第八条规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定其行为属于“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资”：

（1）携带集资款逃跑的；

（2）挥霍集资款，致使集资款无法返还的；

（3）使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的；

（4）具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。

个人进行集资诈骗数额在20万元以上的，属于“数额巨大”；个人进行集资诈骗数额在100万元以上的，属于“数额特别巨大”。

单位进行集资诈骗数额在50万元以上的，属于“数额巨大”；单位进行集资诈骗数额在250万元以上的，属于“数额特别巨大”。

四、根据《决定》第十条规定，以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，构成贷款诈骗罪。

《决定》第十条规定的“其他严重情节”是指：

（1）为骗取贷款，向银行或者金融机构的工作人员行贿，数额较大的；

（2）挥霍贷款，或者用贷款进行违法活动，致使贷款到期无法偿还的；

（3）隐匿贷款去向，贷款期限届满后，拒不偿还的；

（4）提供虚假的担保申请贷款，贷款期限届满后，拒不偿还的；

（5）假冒他人名义申请贷款，贷款期限届满后，拒不偿还的。

《决定》第十条规定的“其他特别严重情节”是指：

（1）为骗取贷款，向银行或者金融机构的工作人员行贿，数额巨大的；

（2）携带贷款逃跑的；

（3）使用贷款进行犯罪活动的。

个人进行贷款诈骗数额在1万元以上的，属于“数额较大”；个人进行贷款诈骗数额在5万元以上的，属于“数额巨大”；个人进行贷款诈骗数额在20万元以上的，属于“数额特别巨大”。

五、根据《决定》第十二条规定，利用金融票据进行诈骗活动，数额较大的，构成票据诈骗罪。

个人进行票据诈骗数额在5千元以上的，属于“数额较大”；个人进行票据诈骗数额在5万元以上的，属于“数额巨大”；个人进行票据诈骗数额在10万元以上的，属于“数额特别巨大”。

单位进行票据诈骗数额在10万元以上的，属于“数额较大”；单位进行票据诈骗数额在30万元以上的，属于“数额巨大”；单位进行票据诈骗数额在100万元以上的，属于“数额特别巨大”。

使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证进行诈骗，数额较大的，以票据诈骗罪定罪处罚。

六、根据《决定》第十三条规定，利用信用证进行诈骗活动的，构成信用证诈骗罪。

个人进行信用证诈骗数额在10万元以上的，属于“数额巨大”；个人进行信用证诈骗数额在50万元以上的，属于“数额特别巨大”。

单位进行信用证诈骗数额在50万元以上的，属于“数额巨大”；单位进行信用证诈骗数额在250万元以上的，属于“数额特别巨大”。

七、根据《决定》第十四条规定，利用信用卡进行诈骗活动，数额较大的，构成信用卡诈骗罪。

行为人实施《决定》第十四条第一款（一）、（二）、（三）项规定的行为，诈骗数额在5千元以上的，属于“数额较大”；诈骗数额在5万元以上的，属于“数额巨大”；诈骗数额在20万元以上的，属于“数额特别巨大”。

“恶意透支”是指持卡人以非法占有为目的，或者明知无力偿还，透支数额超过信用卡准许透支的数额较大，逃避追查，或者自收到发卡银行催收通知之日起3个月内仍不归还的行为。恶意透支5千元以上的，属于“数额较大”；恶意透支5万元以上的，属于“数额巨大”；恶意透支20万元以上的，属于“数额特别巨大”。

持卡人在银行交纳保证金的，其恶意透支数额以超出保证金的数额计算。

八、根据《决定》第十六条规定，进行保险诈骗活动，数额较大的，构成保险诈骗罪。

个人进行保险诈骗数额在1万元以上的，属于“数额较大”；个人进行保险诈骗数额在5万元以上的，属于“数额巨大”；个人进行保险诈骗数额在20万元以上的，属于“数额特别巨大”。

单位进行保险诈骗数额在5万元以上的，属于“数额较大”；单位进行保险诈骗数额在25万元以上的，属于“数额巨大”；单位进行保险诈骗数额在100万元以上的，属于“数额特别巨大”。

九、对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按

实际未归还的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑。

十、行为人进行诈骗犯罪活动，案发后扣押、冻结在案的财物及其孳息，如果权属明确的，应当发还给被害人；如果权属不明确的，可按被害人被骗款物占扣押、冻结在案的财物及其孳息总额的比例发还被害人；如果能够确定扣押、冻结在案的财物及其孳息不属于已查明的被害人所有，但又无法发还未查明被害人的，应当依法上缴国库。

十一、行为人将诈骗财物已用于归还个人欠款、货款或者其他经济活动的，如果对方明知是诈骗财物而收取，属恶意取得，应当一律予以追缴；如确属善意取得，则不再追缴。

十二、本解释中使用的货币数额是指人民币的数额。审理具体案件涉及外币的，应当依照案发当日国家外汇管理局公布的外汇牌价折算成人民币。

十三、本解释所称“以上”包括本数在内。

十四、本解释自公布之日起生效。

最高人民法院
关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复

1997 年 4 月 16 日　　　　法复〔1997〕4 号

四川省高级人民法院：

你院川高法〔1996〕116号《关于超过诉讼时效期限达成的还款协议是否应受法律保护问题的请示》收悉。经研究，答复如下：

根据《中华人民共和国民法通则》第九十条规定的精神，对超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成还款协议的，应当依法予以保护。

此复

最高人民法院
关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复

法释〔1999〕3号

（1999年1月26日最高人民法院审判委员会第1041次会议通过　1999年2月9日最高人民法院公告公布　自1999年2月13日起施行）

黑龙江省高级人民法院：

你院黑高法〔1998〕192号《关于公民与企业之间借贷合同效力如何确认的请示》收悉。经研究，答复如下：

公民与非金融企业（以下简称企业）之间的借贷属于民间借贷。只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。但是，具有下列情形之一的，应当认定无效：

（一）企业以借贷名义向职工非法集资；

（二）企业以借贷名义非法向社会集资；

（三）企业以借贷名义向社会公众发放贷款；

(四)其他违反法律、行政法规的行为。

借贷利率超过银行同期同类贷款利率四倍的，按照最高人民法院法(民)发〔1991〕21号《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》的有关规定办理。

此复

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国合同法》
若干问题的解释(一)(节录)

法释〔1999〕19号

(1999年12月1日最高人民法院审判委员会第1090次会议通过 1999年12月19日最高人民法院公告公布 自1999年12月29日起施行)

为了正确审理合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)的规定，对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释：

一、法律适用范围

第一条 合同法实施以后成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，适用合同法的规定；合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，除本解释另有规定的以外，适用当时的法律规定，当时没有法律规定的，可以适用合同法的有关规定。

第二条 合同成立于合同法实施之前，但合同约定的履行期

限跨越合同法实施之日或者履行期限在合同法实施之后，因履行合同发生的纠纷，适用合同法第四章的有关规定。

第三条 人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法。

第四条 合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。

第五条 人民法院对合同法实施以前已经作出终审裁决的案件进行再审，不适用合同法。

……

三、合同效力

……

第十条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

四、代位权

第十一条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

（一）债权人对债务人的债权合法；

（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；

（三）债务人的债权已到期；

（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

第十二条 合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

第十三条　合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

第十四条　债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第十五条　债权人向人民法院起诉债务人以后，又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼，符合本解释第十四条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的，应当立案受理；不符合本解释第十四条规定的，告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。

受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第（五）项的规定中止代位权诉讼。

第十六条　债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。

两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第十七条　在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保。

第十八条　在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异

议成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。

第十九条 在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

第二十条 债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

第二十一条 在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。

第二十二条 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。

债务人的起诉符合法定条件的，人民法院应当受理；受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前，应当依法中止。

五、撤销权

第二十三条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第二十四条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

第二十五条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的

提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第二十六条　债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

六、合同转让中的第三人

第二十七条　债权人转让合同权利后，债务人与受让人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债权人列为第三人。

第二十八条　经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。

第二十九条　合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。

七、请求权竞合

第三十条　债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。

最高人民法院
关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复

法释〔1999〕7号

（1999年1月29日最高人民法院审判委员会第1042次会议通过　1999年2月11日最高人民法院公告公布　自1999年2月16日起施行）

河北省高级人民法院：

你院〔1998〕冀经一请字第38号《关于超过诉讼时效期间信用社向借款人发出的"催收到期贷款通知单"是否受法律保护的请示》收悉。经研究，答复如下：

根据《中华人民共和国民法通则》第四条、第九十条规定的精神，对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。

此复

最高人民法院
关于因法院错判导致债权利息损失扩大保证人应否承担责任问题的批复

法释〔2000〕24号

（2000年7月20日最高人民法院审判委员会第1126次会议通过　2000年8月8日最高人民法院公告公布　自2000年8月12日起施行）

四川省高级人民法院：

你院川高法〔1999〕72号《关于因法院错判导致资金利息扩大的部分损失保证人应否承担责任的请示》收悉。经研究，答复如下：

依照《中华人民共和国担保法》第二十一条的规定，除合同另有约定的外，主债权的利息是指因债务人未按照合同约定履行义务而产生的利息。因法院错判引起债权利息损失扩大的部分，不属于保证担保的范围，保证人不承担责任。

此复

贷款通则（节录）

（1996年6月28日中国人民银行发布）

第六十一条 各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务

第七十三条 行政部门、企事业单位、股份合作经济组织、供销合作社、农村合作基金会和其他基金会擅自发放贷款的；企业之间擅自办理借贷或者变相借贷的，由中国人民银行对出借方按违规收入处以1倍以上至5倍以下罚款，并由中国人民银行予以取缔。

司法部
关于办理民间借贷合同公证的意见

1992年8月12日　　　　司发通〔1992〕074号

各省、自治区、直辖市司法厅（局）：

随着我国商品经济的不断发展，民间借贷活动日益增多。民间借贷对于缓解国家借贷资金不足的矛盾，促进社会经济的发展

起了一定作用，但也存在着高利贷、纠纷多等问题。为保护合法的民间借贷活动，制止民间借贷活动中的各种违法行为，保护借贷双方当事人的合法权益，满足人民群众对公证的需求，公证机关可以根据国家有关法律、政策和当事人的要求，办理民间借贷合同公证。根据《民法通则》的有关规定，参照最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》，现就公证机关办理民间借贷合同公证的有关问题提出如下意见：

一、公民之间、公民与非金融机构的法人及其他经济组织之间签订借贷合同，申请公证的，公证机关可根据《民法通则》和国家的有关政策规定，以及最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》给予公证。

二、公证机关办理民间借贷合同公证，应帮助当事人完善合同条款，明确双方的权利义务及违约罚则，做到合同真实合法，手续完备，证据齐全。

三、公证处办理民间借贷合同公证，一般应要求借款人提供担保，担保的具体形式，可由当事人协商约定。

四、民间借贷合同经公证机关公证后，借款人到期不偿还借款（包括利息）时，公证处可以根据出借人的申请，出具强制执行证书，由出借人向有管辖权的人民法院申请强制执行。

五、过去司法部的有关规定与此相抵触的，按本《意见》执行。

提存公证规则

1995年6月2日 司法部第38号令

第一条 为维护经济流转秩序，预防和减少债务纠纷，保证提存公证质量，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国公证暂行条例》及有关规定，制订本规则。

第二条 提存公证是公证处依照法定条件和程序，对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物（含担保物的替代物）进行寄托、保管，并在条件成就时交付债权人的活动。为履行清偿义务或担保义务而向公证处申请提存的人为提存人。提存之债的债权人为提存受领人。

第三条 以清偿为目的的提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力。

以担保为目的的提存公证具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力。

不符合法定条件的提存或提存人取回提存标的的，不具有提存公证的法律效力。

第四条 提存公证由债务履行地的公证处管辖。

以担保为目的的提存公证或在债务履行地申办提存公证有困难的，可由担保人住所地或债务人住所地的公证处管辖。

第五条 债务清偿期限届至，有下列情况之一使债务人无法按时给付的，公证处可以根据债务人申请依法办理提存：

（一）债权人无正当理由拒绝或延迟受领债之标的的；

（二）债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的；

（三）债权人不清、地址不详，或失踪、死亡（消灭）其继承人不清，或无行为能力其法定代理人不清的。

第六条　有下列情况之一的，公证处可以根据当事人申请办理提存公证：

（一）债的双方在合同（协议）中约定以提存方式给付的；

（二）为了保护债权人利益，保证人、抵押人或质权人请求将担保物（金）或其替代物提存的；

当事人申办前款所列提存公证，必须列明提存物给付条件，公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。

第七条　下列标的物可以提存：

（一）货币；

（二）有价证券、票据、提单、权利证书；

（三）贵重物品；

（四）担保物（金）或其替代物；

（五）其他适宜提存的标的物。

第八条　公证处应当在指定银行设立提存帐户，并置备保管有价证券、贵重物品的专用设备或租用银行的保险箱。

第九条　提存申请人应当填写公证申请表，并提交下列材料：

（一）申请人的身份证明；法人应提交法人资格证明和法定代表人身份证明，法定代理人应提交与被代理人关系的证明，委托代理人应提交授权委托书；

（二）合同（协议）、担保书、赠与书、司法文书、行政决定等据以履行义务的依据；

（三）存在本规则第五条或第六条规定情况的有关证明材料；

（四）提存受领人姓名（名称）、地址、邮编、联系电话等；

（五）提存标的物种类、质量、数量、价值的明细表；

（六）公证员认为应当提交的其他材料。

第十条 符合下列条件的申请，公证处应当受理：

（一）申请人对提存受领人负有清偿或担保义务；

（二）具有本规则第五条或第六条规定的情况；

（三）申请事项属于本公证处管辖；

（四）本规则第九条规定的材料基本齐全。

公证处应在收到申请之日起三日内作出受理或不予受理的决定。不予受理的，公证处应当告知申请人对不予受理不服的复议程序。

第十一条 公证人员应按《公证程序规则（试行）》第二十四条规定制作谈话笔录，记录下列内容：

（一）提存理由和相关事实（如无法给付债的标的物的事由和经过）；

（二）有关提存受领人的详细情况；

（三）提存标的物的详细情况；

（四）提存人所作的特别说明等。

第十二条 公证员应当按《公证程序规则（试行）》第二十三条规定，审查下列内容：

（一）本规则第九条所列材料是否齐全，内容是否属实；

（二）提存人的行为能力和清偿依据；

（三）申请提存之债的真实性、合法性；

（四）请求提存的原因和事实是否属实；

（五）提存标的物与债的标的是否相符，是否适宜提存；

（六）提存标的物是否需要采取特殊的处理或保管措施。

第十三条 符合下列条件的，公证处应当予以提存：

（一）提存人具有行为能力，意思表示真实；

（二）提存之债真实、合法；

（三）符合本规则第五条或第六条以及第七条规定条件；

（四）提存标的与债的标的相符。

提存标的与债的标的不符或在提存时难以判明两者是否相符的，公证处应告知提存人如提存受领人因此原因拒绝受领提存物则不能产生提存的效力。提存人仍要求提存的，公证处可以办理提存公证，并记载上述条件。

不符合前两款规定的，公证处应当拒绝办理提存公证，并告知申请人对拒绝公证不服的复议程序。

第十四条　公证处应当验收提存标的物并登记存档。对不能提交公证处的提存物，公证处应当派公证员到现场实地验收。验收时，提存申请人（或其代理人）应当在场，公证员应制作验收笔录。

验收笔录应当记录验收的时间、地点、方式、参加人员、物品的数量、种类、规格、价值以及存放地点、保管环境等内容。验收笔录应交提存人核对。公证员、提存人及其他参与人员应当在验收笔录上签名。

对难以验收的提存标的物，公证处可予以证据保全，并在公证笔录和公证书中注明。

经验收的提存标的物，公证处应当采用封存、委托代管等必要的保管措施。

对易腐易烂易燃易爆等物品，公证处应当在保全证据后，由债务人拍卖或变卖，提存其价款。

第十五条　对提存的贵重物品、有价证券、不动产或其他物品的价值难以确定的，公证处可以聘请专业机构或人员进行估价。

第十六条　提存货币的，以现金、支票交付公证处的日期或提存款划入公证处提存帐户的日期为提存日期。

提存的物品需要验收的，以公证处验收合格的日期为提存日期。

提存的有价证券、提单、权利证书或无需验收的物品，以实际交付公证处的日期为提存日期。

第十七条 公证处应当从提存之日起三日内出具提存公证书。提存之债从提存之日即告清偿。

第十八条 提存人应将提存事实及时通知提存受领人。

以清偿为目的的提存或提存人通知有困难的，公证处应自提存之日起七日内，以书面形式通知提存受领人，告知其领取提存物的时间、期限、地点、方法。

提存受领人不清或下落不明、地址不详无法送达通知的，公证处应自提存之日起六十日内，以公告方式通知。公告应刊登在国家或债权人在国内住所地的法制报刊上，公告应在一个月内在同一报刊刊登三次。

第十九条 公证处有保管提存标的物的权利和义务。公证处应当采取适当的方法妥善保管提存标的，以防毁损、变质或灭失。

对不宜保存的、提存受领人到期不领取或超过保管期限的提存物品，公证处可以拍卖，保存其价款。

第二十条 下列物品的保管期限为六个月：

（一）不适于长期保管或长期保管将损害其价值的；

（二）六个月的保管费用超过物品价值5%的。

第二十一条 从提存之日起，超过二十年无人领取的提存标的物，视为无主财产；公证处应在扣除提存费用后将其余额上缴国库。

第二十二条 提存物在提存期间所产生的孳息归提存受领人所有。提存人取回提存物的，孳息归提存人所有。

提存的存款单、有价证券、奖券需要领息、承兑、领奖的，公

证处应当代为承兑或领取，所获得的本金或孳息在不改变用途的前提下，按不损害提存受领人利益的原则处理。无法按原用途使用的，应以货币形式存入提存帐户。

定期存款到期的，原则上按原来期限将本金和利息一并转存。股息红利除用于支付有关的费用外，剩余部分应当存入提存专用帐户。

提存的不动产或其他物品的收益，除用于维护费用外剩余部分应当存入提存帐户。

第二十三条　公证处应当按照当事人约定或法定的条件给付提存标的。本规则第六条第一项规定的以对待给付为条件的提存，在提存受领人未为对待给付之前，公证处不得给付提存标的物。

提存受领人领取提存标的物时，应提供身份证明、提存通知书或公告，以及有关债权的证明，并承担因提存所支出的费用。提存受领人负有对待给付义务的，应提供履行对待给付义务的证明。委托他人代领的，还应提供有效的授权委托书。由其继承人领取的，应当提交继承公证书或其他有效的法律文书。

第二十四条　因债权的转让、抵销等原因需要由第三人领取提存标的物的，该第三人应当提供已取得提存之债债权的有效法律文书。

第二十五条　除当事人另有约定外，提存费用由提存受领人承担。

提存费用包括：提存公证费、公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保管费，以及为保管、处理、运输提存标的物所支出的其他费用。

提存受领人未支付提存费用前，公证处有权留置价值相当的提存标的物。

第二十六条　提存人可以凭人民法院生效的判决、裁定或提

存之债已经清偿的公证证明取回提存物。

提存受领人以书面形式向公证处表示放弃提存受领权的，提存人得取回提存物。

提存人取回提存物的，视为未提存。因此产生的费用由提存人承担。提存人未支付提存费用前，公证处有权留置价值相当的提存标的。

第二十七条 公证处不得挪用提存标的。公证处或公证人员挪用提存标的的，除应负相应的赔偿责任外，对直接责任人员要追究行政或刑事责任。

提存期间，提存物毁损灭失的风险责任由提存受领人负担；但因公证处过错造成毁损、灭失的，公证处负有赔偿责任。

公民、法人以不正当手段骗取提存标的的，负有赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

公证处未按法定或当事人约定条件给付提存标的给当事人造成损失的，公证处负有连带赔偿责任。

第二十八条 符合法定或当事人约定的给付条件，公证处拒绝给付的，由其主管的司法行政机关责令限期给付；给当事人造成损失的，公证处负有赔偿责任。

根据人民法院、仲裁机构的裁决或司法行政机关决定给付的，由此产生的法律后果由作出决定的机构承担。

第二十九条 司法机关或行政机关因执行公务而申办提存公证的，参照本规则办理。

监护人、遗产管理人为保护被监护人、继承人利益，请求将所监护或管理的财产提存的，参照本规则办理。

遗嘱人或赠与人为保护遗嘱受益人或未成年的受赠人利益，请求将遗嘱所处分的财产或赠与财产提存的，参照本规则办理。

第三十条 外国人、无国籍人在中国境内申办提存公证，适

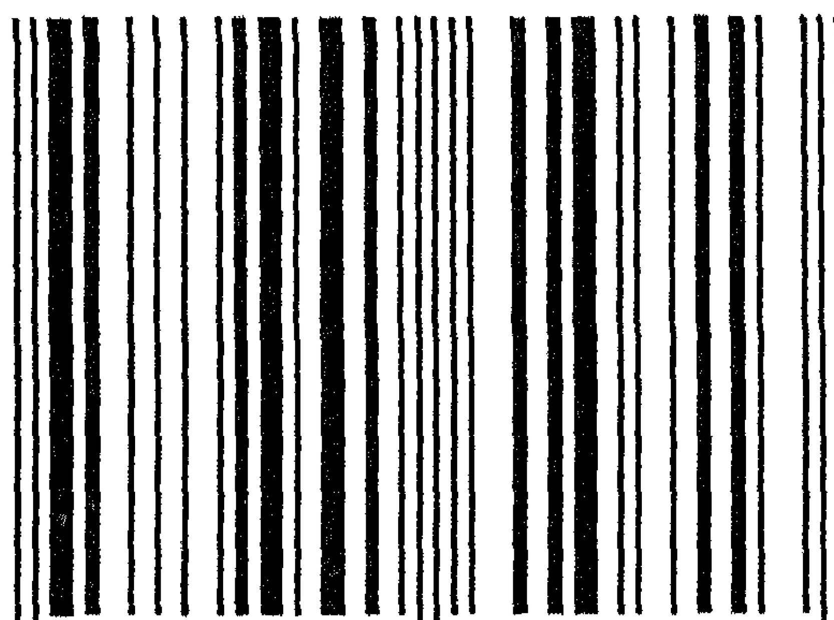
用本规则。

第三十一条　本规则自发布之日起施行。由司法部负责解释。



责任编辑\郭继良
封面设计\温京博




ISBN 7-80161-071-7
9 787801 610713 >



ISBN7-80161-071-7/D · 071

定价：27.00元